

Juridiska Institutionen

Handelshögskolan vid Göteborgsuniversitet

Uppsats för tillämpade studier på Jur.kand.-programmet, 20 poäng.

Hösten 1999.

OFFENTLIG UPPHANDLING

MED HÄNSYN TILL MILJÖ OCH SOCIALA ASPEKTER

Lars Gahnström, 720514

Handledare: Universitetslektor Ingmar Svensson

2000-03-09

Innehållsförteckning

1 INLEDNING	4
1.1 BAKGRUND	4
1.2 PROBLEMBESKRIVNING	6
1.3 SYFTE	6
1.4 METOD	7
1.5 AVGRÄNSNING	7
2 UPPHANDLING INNAN LOUS TILLKOMST	8
2.1 STATLIG UPPHANDLING	8
2.2 KOMMUNAL UPPHANDLING	9
3 LAGEN OM OFFENTLIG UPPHANDLING (1992:1528)	10
3.1 DET SVENSKA REGELVERKET	10
3.2 DEN EG-RÄTTSLIGA BAKGRUNDEN	11
3.2.1 Bakgrund	11
3.2.2 Syfte	12
3.2.3 Bakomliggande EG-rätt	12
3.3 FÖR VILKA ÄR LAGEN TILLÄMPLIG FÖR OCH FÖR VILKA TRANSAKTIONER?	13
3.4 TRÖSKELVÄRDEN	14
3.5 GRUNDLÄGGANDE PRINCIPER	15
3.6 UPPHANDLINGSFORMERNA	16
3.7 ANNONSERING OCH TIDSGRÄNSER	18
3.8 RÄTTSMEDLEN	19
3.8.1 Överprövning och skadestånd	20
3.8.2 Tillsyn, granskning och medling	22
3.8.3 Andra vägar att ingripa mot felaktig tillämpning av LOU	23
4 VILKA KRAV KAN DEN UPPHANDLANDE ENHETEN STÄLLA OCH VILKA PRINCIPER STYR PRÖVNINGEN AV ANBUDEN?	24
4.1 INLEDNING	24
4.2 KRAV PÅ LEVERANTÖREN	24
4.2.1 Uteslutning av leverantör enligt 1 kap 17§ LOU	25
4.2.2 Kvalificering av leverantör	27
4.3 FÖRFRÅGNINGSUNDERLAGET	29
4.3.1 Ändringar i förfrågningsunderlaget	30
4.3.2 Kravspecifikationen	30
4.3.3 Prövningskriterierna	31
4.3.4 Administrativa bestämmelser och kommersiella villkor.	32
4.4 UPPHANDLING MED HÄNVISNING TILL TEKNISKA SPECIFIKATIONER	33
4.5 ANBUDSPRÖVNINGEN	34
4.6 AVSLUTANDE KOMMENTARER	36
5 SKILLNADER MELLAN UPPHANDLING ÖVER OCH UNDER TRÖSKELVÄRDENA	38
5.1 INLEDNING	38
5.2 NÄR ÄR SJÄTTE KAPITLET LOU TILLÄMPLIGT?	39
5.3 UPPHANDLINGS FORMERNA	40
5.4 KRAV SOM DEN UPPHANDLANDE ENHETEN KAN STÄLLA UNDER TRÖSKELVÄRDENA	42
5.5 UTVÄRDERINGEN AV ANBUDEN	44

6 ICKE-EKONOMISKA KRAV	45
7 BEGREPPET MILJÖKRAV SAMT EU OCH WTO'S SYN PÅ MILJÖN	47
7.1 BEGREPPET MILJÖKRAV	47
7.2 EU OCH MILJÖFRÅGOR	48
7.3 WTO OCH MILJÖHÄNSYN	50
7.4 HJÄLPMEDEL SOM ANVÄNDS VID BEDÖMNING AV EN PRODUKTS MILJÖANPASSNING.	51
7.4.1 Positiv miljömärkning	51
7.4.2 Miljöfarlighetsmärkning	53
7.4.3 Livscykelanalyser(LCA)	53
7.4.4 Miljövarudeklarationer	54
7.4.5 CE-märkning	54
7.4.6 Ecco Management and Audit Scheme (EMAS)	54
7.4.7 ISO 14000	55
8 MÖJLIGHETEN ATT STÄLLA MILJÖKRAV VID OFFENTLIG UPPHANDLING	56
8.1 INLEDNING	56
8.2 MILJÖKRAV PÅ LEVERANTÖREN	57
8.2.1 Vad är det för krav som den upphandlande enheten vill ställa?	57
8.2.2 Brott avseende yrkesutövningen och allvarligt fel i yrkesutövningen	58
8.2.3 Kvalificering av leverantör.	60
8.2.4 Krav på EMAS registrering eller motsvarande	62
8.3 MILJÖKRAV PÅ PRODUKTEN I SIG	63
8.3.1 Allmänna miljökrav	63
8.3.2 Tekniska specifikationer	67
8.4 TILLVERKNINGSPROCESSEN	68
8.4.1 Allmänt	68
8.4.2 GPA	70
8.5 POSITIV MILJÖMÄRKNING	72
8.5.1 Inledning	72
8.5.2 Krav på att produkten är miljömärkt	73
8.5.3 Krav på att miljömärkets krav uppfylls	74
8.5.4 Tillverkningsprocessen och miljömärken	74
8.6 UTFÖRANDEVILLKOR	75
8.7 MILJÖKRAV AVSEENDE TRANSPORTER	77
8.7.1 Krav på miljövänligt transportmedel i själva upphandlingen	77
8.7.2 Att upphandla transporten separat från varan	78
9 MÖJLIGHETEN ATT TA SOCIALA HÄNSYN VID OFFENTLIG UPPHANDLING	81
9.1 INLEDNING	81
9.2 UTESLUTNING AV LEVERANTÖR PÅ GRUND AV SOCIALA HÄNSYN	82
9.3 SOCIALA HÄNSYN I KVALIFICERINGSFASEN AV LEVERANTÖRER	83
9.4 SOCIALA HÄNSYN I ANBUDSUTVÄRDERINGEN	83
9.5 TILLKOMMANDE VILLKOR OCH SOCIALA HÄNSYN	84
10 AVSLUTANDE KOMMENTARER	86
10.1 OFFENTLIG UPPHANDLING OCH MILJÖKRAV	86
10.2 OFFENTLIG UPPHANDLING OCH SOCIALA HÄNSYN	88
10.3 ÖVRIGT	89
11 KÄLLFÖRTECKNING	90

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Offentliga organs inköp på marknaden utgör en stor del av den totala konsumtionen i Sverige och i Europa. I Sverige uppskattas summan av inköpen till cirka 300 miljarder kronor per år. Inköpen fördelar sig mellan olika typer av offentliga organ, varav staten står för en tredjedel, kommunerna (med kommunala bolag) för omkring hälften och landstingen för cirka en femtedel.¹ Dessa organ är viktiga kunder för leverantörer av alla sorters varor och tjänster.

Den typiska offentliga enheten karakteriseras av att den utgör ett serviceorgan i samhället och att dess verksamhet finansieras med skattemedel. Dessa skattemedel tilldelas enheten och utgör ramen för hur omfattande verksamheten kan vara tillsammans med olika regelverk som specificerar syftet och målet med verksamheten. Trots att de flesta offentliga enheter har övergått till att försöka styra sin verksamhet mer som ett privat företag, det vill säga mer resultatorienterat, saknas ändå det grundläggande vinstincitamentet. Att driva verksamheten under budgeten ger ingen vinst för den offentliga enheten utan kan snaras uppfattas som att enheten inte fullgör sitt uppdrag fullt ut inom den ram som satts genom tilldelningen av skattemedlen. Dessutom utgör den offentliga enheten en del i hela den offentliga verksamheten vars övergripande målsättning är att se till att landet fungerar i stort, vilket leder till att vissa beslut som tas görs med hänsyn till andra målsättningar än de som primärt styr den offentliga enheten. Ett typiskt karaktärsdrag i den offentliga förvaltningen är att ett grundläggande vinstincitament saknas i verksamheten.

Om man jämför med ett aktiebolag, framstår särdragen ännu tydligare. Ett bolag startas av individer i syfte att tillsammans driva vinstdrivande verksamhet. Incitamentet för individen består i att få en vinst på det kapital och det arbete han lägger ner i bolaget. Även om bolaget kan ha verksamhet som vid en första anblick verkar vara av servicekaraktär kan ett bolag inte påsikt överleva utan att gå med vinst, dels på grund av att detta kan leda till konkurs men också för att risken är att bolagets ägare tar ut sitt kapital för att satsa det i mer lönsam verksamhet. Därför kommer aktiebolaget i alla beslut som tas försöka maximera vinsten. Denna vinstmaximering begränsas dock av olika sorters lagstiftning, som kan liknas vid

¹ NOU, Effekter av Lagen om offentlig upphandling, s 18

spelregler som fotbollsspelare måste följa vid matchspel.

På grund av de ovan beskrivna karaktärsdragen av den offentliga förvaltningen, finns risk att andra hänsyn än ekonomiska får styra beslut om vem och skall leverera varor och tjänster till det offentliga organet. Detta leder till en onödig fördyring av verksamheten och minskar de faktiska möjligheterna för förvaltningen att optimera och maximera sin verksamhet. Förlorarna är förvaltningens finansiärer det vill säga medborgarna som skall utnyttja förvaltningens serviceverksamhet. Andra hänsyn i dessa fallen kan vara att förvaltningen vill gynna den lokala marknaden eller det kan bero på att inköpsbeslut inte omprövas från gång till gång. En annan risk i den offentliga förvaltningen är att inköpsbeslut tas av personliga skäl, det vill säga att den beslutande personen är jävig. Detta leder till oönskade bieffekter. Dels leder det till ett minskat förtroende för den offentliga sektorns opartiskhet och dels att det leder till att ekonomiska resurser inte utnyttjas på det mest effektiva sättet.

För att stävja detta har regler införts som styr den offentliga förvaltningens upphandling. Denna lag heter numera Lag (1992:1528) om offentlig upphandling, LOU. Grundprincipen är att upphandling skall ske affärsmässigt och utan ovidkommande hänsyn. Målsättningen är att minska de offentliga utgifterna genom att utnyttja konkurrensen mellan de olika leverantörerna maximalt. Man kan uttrycka det så att denna lag utgör ett substitut för det vinstincitament som privata bolag, på grund av sin struktur, har. Lagen är mycket detaljerad och beskriver exakt hur en upphandling skall gå till. Lagen gör att potentiella leverantörer får möjlighet till större insyn än vid förhandlingar med privata bolag. Detta ger legitimitet hos beslutet om vem som skall få leverera till den offentliga förvaltningen och leder till en sundare konkurrens på marknaden.²

I och med Sveriges inträde i ESS den 1 januari 1994 och i EU den 1 januari 1995 har ytterligare krav på de offentliga organens upphandling tillkommit. Målsättningen för unionen att skapa en inre marknad med fri rörlighet och lika villkor för alla inom unionen har lett till att faktiska eller potentiella hinder för handeln har avskaffats.³ Detta gäller även för den offentliga upphandlingen, kravet på icke-diskriminering har skärpts, och alla leverantörer inom den europeiska unionen skall konkurrera på lika villkor om offentliga kontrakt i Sverige. Sverige har genom antagandet av en ny Lag om offentlig upphandling implementerat de EG-

² Även privata organ har begränsningar, ett exempel är konkurrenslagens begränsningar

³ Se art 2 EG fördraget

direktiv som styr den offentliga upphandlingen i Europa.

Det är dock så att andra hänsyn än just ekonomiska inte behöver vara negativa, i många fall är de snarare önskvärda. Miljöhänsyn är ett exempel på ett sådant hänsynstagande. Skyddet av miljön har fått ökad betydelse inom de flesta områden i vårt samhälle på senare år, både inom den privata och offentliga sfären. Ett sätt att påverka miljön i en positiv riktning är att göra så kallade gröna inköp. Även sociala hänsyn, såsom jämställighet och stöd till arbetslösa, hör dit. Att ta miljöhänsyn har också fått ett ytterligare värde då det är viktigt för att en organisations ”goodwill” att vara så kallade gröna.

1.2 Problembeskrivning

Problemet ligger i att lagstiftningen, som rör offentlig upphandling, är till för att nå målet om en gemensam marknad med lika möjligheter för leverantörer i hela gemenskapen att vara med och konkurrera om de offentliga kontrakten. På senare tid har miljöfrågor fått ökad betydelse både nationellt och internationellt och detta börjar avspeglas på marknaden genom att olika enheter önskar handla mer miljövänligt. Det är osäkert vilka möjligheter LOU och EG-rätten ger de offentliga organen att agera mer miljövänligt. Samma sak gäller olika sociala hänsyn som, precis som miljön, inte ligger helt i linje med principen om en gemensammarknad.

Det är också så att sådana hänsyn kan komma att påverka olika delar av en upphandling där olika regler gäller för vilka kriterier som är tillämpliga, det krävs därför att de olika stegen i en upphandling var för sig analyseras utifrån möjligheten att ställa krav på miljöanpassning och sociala hänsynstaganden.

1.3 Syfte

Syftet med denna uppsats är att:

- Att ge en allmän bild av LOU och dess regler samt funktion
- Belysa vilka möjligheter LOU ger en upphandlande enhet att ställa andra än primärt ekonomiska krav på leverantörer och produkter.

1.4 Metod

För att uppfylla uppsatsens syfte skall jag studera lagen om offentlig upphandling samt dess förarbeten och gemenskapsrätten på området. Jag skall också ta del av aktuella rättsfall både nationellt och inom EU. Dessutom skall jag använda befintlig litteratur i den omfattning som krävs.

1.5 Avgränsning

LOU som lagstiftning är mycket detaljerad vilket dels beror på det rör sig om en förfarandelag men också på att lagen omfattar olika typer av produkter för vilka olika regler gäller. Varje så kallad sektor (produktgrupper) har alltså sina egna detaljerade regler vilket gör lagstiftningen svåröverskådlig. Det är därför inte min mening att denna uppsats skall användas som en handbok utan jag pekar endast ut allmänna principer i den omfattning som det är nödvändig för att kunna utreda huvudfrågan om icke ekonomiska krav.

Om den upphandlande enheten begår ett misstag i sin upphandling har en förfördelad part rätt till att vidta åtgärder för att ta till vara sin rätt. Detta innebär i korthet att överprövning eller skadestånd och varje överträdelse av de i uppsatsen dragna slutsatserna kan leda till detta. Detta är en mycket intressant fråga men som jag lämnar därhän.

2 Upphandling innan LOUs tillkomst

2.1 Statlig upphandling

Regler om upphandling för statliga myndigheter har funnits under hela nittonhundratalet. De första reglerna avsåg att tillgodose den tidens krav på affärsmässighet, samt att garantera offentlighet och rättssäkerhet. Dessa regler innehöll också en preferensordning; svensk vara skulle i princip få företräde framför utländsk.

På tjugotalet utfärdades nya bestämmelser men huvudregeln var fortfarande att svensk vara hade företräde om den var av erforderlig beskaffenhet. En möjlighet att avväga en upphandling utefter kvalitet öppnades. Kunglig Maj:t (K.M;t) kunde medge undantag från huvudregeln. Myndigheternas beslut skulle beakta den inhemska produktionen. Denna preferensordning skärptes ytterligare och myndigheterna hade att ta särskild hänsyn till behovet att bevara viss näring inom landet och att förhindra arbetslöshet. Vid tveksamhet kunde frågan underställas K.M:t.

År 1952 tillkom en ny upphandlingskungörelse i vilken kravet på affärsmässighet skärptes på bekostnad av kravet på svensk vara. I kungörelsen föreskrevs att just sysselsättningssituationen inte fick inverka på myndigheternas beslut om upphandling.

År 1968 tillkallades en utredning om statlig offentlig upphandling⁴. Slutsatsen var att upphandlingsregler även i fortsättningen skulle finnas men att myndigheterna borde få en ökad grad av självständighet. Huvudsyftet med regleringen ansåg kommittén vara att staten skulle få en så fördelaktig upphandling som möjligt. Dock skulle fortfarande avsteg från reglerna vara möjligt genom beslut av Kungl. Majestät. Regeringen framlade sina överväganden till riksdagen som ledde till en ny upphandlingsförordning 1973⁵. De tre grundläggande principerna var affärsmässighet, offentlighet och rättssäkerhet. Författningen hade karaktären av en ramlag där Riksrevisionsverket skulle utfärda kompletterande föreskrifter. En annan stor nyhet var att även tjänster innefattades av upphandlingsreglerna.

⁴ SOU 1971:88, Offentlig upphandling

⁵ Prop 1973:73 och (173:600) Upphandlingskungörelse

1986 moderniserades och omredigerades 1973 års upphandlingskungörelse, detta med anledning av författningsreformen.⁶ Den nya förordningen utgick dock ifrån samma riktlinjer som 1973 års kungörelse.

2.2 Kommunal upphandling

Kommunal upphandling var innan LOUs tillkomst inte lagreglerad utan varje kommun och landsting hade till uppgift att själva utveckla sina egna upphandlingsreglementen. Dock gällde Kommunallagens bestämmelser och ett kommunalt beslut om upphandling kunde överprövas enligt denna lags bestämmelser. Kommunförbundet gav ut rekommendationer till sina medlemmar hur upphandlingsförfarandet borde gå till, dessa rekommendationer hade dock ganska dålig genomslagskraft⁷.

⁶ Förordning (1986:366) om upphandling.

3 Lagen om Offentlig Upphandling (1992:1528)

3.1 Det svenska Regelverket

Lagen består av 156 paragrafer uppdelade på 7 kapitel. Till lagen hör en bilaga över vilka typer av tjänster som innefattas. Ett organ, NOU, är inrättat i syfte att övervaka tillämpningen av lagen.

Första kapitlet innehåller allmänna bestämmelser såsom tillämpningsområdet för lagen, definitioner, annonsering och förfaranderegler. Andra till femte kapitlet behandlar de speciella regler som gäller för olika upphandlingsområden, vilka är varor (2 kap), byggentreprenad (3 kap), vatten, energi, transport och telekommunikation (4 kap) samt tjänster (5 kap). För att upphandlingar skall omfattas av 2-5 kapitlet krävs att upphandlingens storlek överstiger de så kallade tröskelvärdena. Med tröskelvärden avses alltså den beloppsmässiga storleken av upphandlingen.⁸ I kapitel 6 återfinns regler för upphandlingar som beloppsmässigt understiger dessa tröskelvärden och i kapitel 7 finns regler om överprövning och skadestånd vid en felaktig tillämpning av lagen. De upphandlingsförfaranden som behandlas i kapitel 2,3 och 5 brukar kallas de klassiska sektorerna. Vad som bör observeras är att upphandling inom de så kallade försörjningssektorerna, vars regler finns i fjärde kapitlet LOU, i många fall har andra lösningar på problemen än övriga sektorer. Orsaken till detta är den speciella karaktär som produkterna inom denna sektor har, det är därför viktigt att redan nu lägga en brasklapp för upphandlingar som rör denna sektor. I denna uppsats beskrivs, om inget annat speciellt nämns, förfarande och regler som gäller för de klassiska sektorerna.

Förutom den ovan nämnda förordningen finns det ytterligare lagar som kompletterar LOU:

Lag (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling. Marknadsdomstolen prövar om ett visst beteende är otillbörligt. Konkurrensverket och sammanslutningar av löntagare, konsumenter eller företag som berörs har klagorätt

Konkurrenslagen (1993:20) kan även den inverka på den offentliga upphandlingen. KL gäller

⁷ Ds1992:4 Offentlig upphandling & EES s 46

⁸ Förordning (1996:581) om tröskelvärden enligt LOU

endast företag men kan en upphandlande enhets beteende hänföras till dess roll som företag är lagen tillämplig

Följande författningar fyller ut och kompletterar LOU. (enligt 7kap 15§ LOU har regeringen delegerats rätten att utfärda kompletterande lagstiftning).

Förordning (1998:77) om annonser vid offentlig upphandling.

Förordning (1998:79) om tekniska specifikationer vid offentlig upphandling.

Förordning (1998:1369) om bevis vid offentlig upphandling.

Förordning (1993:98) med instruktion för Nämnden för offentlig upphandling

Förutom ovanstående lagstiftning finns det internationella avtal som stadgar om offentlig upphandling:

Government Procurement Agreement (GPA), inom ramen för Världshandelsorganisationen har Sverige och EU undertecknat detta avtal om offentlig upphandling. Avtalet är införlivat i de EG-direktiv som nämns i kap 3.2.3 och LOU skall uppfylla de åtaganden som gjorts av Sverige.

3.2 Den EG-rättsliga bakgrunden

3.2.1 Bakgrund

Sveriges medlemskap i EU, den första januari 1995, har lett till ett suveränitetsavstående för Sverige. Genom medlemskapet har Sverige åtagit sig att följa Den europeiska unionens beslut och stadgar. Stommen i EU:s struktur är fördraget, som liknas vid EU:s grundlag. I detta bestäms de övergripande målen för Unionen.⁹ Unionen består av tre pelare, varav en är den europeiska gemenskapen, som visar klara federativa drag. Det är ur denna pelare som den så kallade EG-rätten härstammar.

Fördraget är i sig gällande lag i Sverige och är överordnad all svensk lagstiftning.¹⁰ Denna primärrätt fylls ut av sekundärrätt, som indelas i förordningar, direktiv, beslut,

⁹ Tidigare flera fördrag, numera samlade i ett.

rekommendationer och yttranden. De två mest intressanta typerna av sekundär rätt är förordningar och direktiv. Skillnaden ligger i hur medlemsstaterna påverkas av dem, förordningar är direkt gällande i medlemsstaterna medan direktiv måste implementeras in i den nationella lagstiftningen för att gälla. Implementeringen av direktiv ger utrymme för medlemsstaten att inom vissa gränser själv välja hur implementeringen skall gå till och ger därför medlemsstaten en möjlighet att få sin nationella rätt ordnad på ett, ur sin nationella rättstradition, logiskt sätt.

3.2.2 Syfte

Huvudsyftet med EG är att skapa en inre gemensam marknad inom unionen och att unionen utåt skall agera gemensamt.¹¹ Detta innebär att det inte skall finnas några som helst hinder för varor, tjänster, kapital och personer att röra sig över gränserna. mellan medlemsländerna. Detta innebär ett krav för varje nation att behandla olika typer av subjekt på samma sätt utan hänsyn till härkomst.

Syftet med EG-rättens reglering av den offentliga upphandlingen är att uppfylla EG-fördragets Art 28 som rör förbud mot kvantitativa restriktioner samt art 49 rörande frihet att tillhandahålla tjänster. Målsättningen är en gemensam marknad inom EU, det vill säga ingen stat skall ha lagstiftning som diskriminerar någon som vill in på den egna marknaden.

3.2.3 Bakomliggande EG-rätt

De ovan nämnda målsättningarna preciseras i ett antal direktiv som implementerats in i den svenska lagstiftningen. Dessa är:

- 92/50/EEG, upphandling av tjänster
- 93/36/EEG, upphandling av varor
- 93/37/EEG, upphandling av byggnadsentreprenader
- 93/38/EEG, upphandling inom försörjningssektorerna
- 97/52/EG, ändringsdirektiv I
- 98/4/EG, ändringsdirektiv II

¹⁰ Lag (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen

¹¹ Art 2 & 3 EG-fördraget.

Därutöver preciseras möjligheten till överprövning och skadestånd i två rättsmedelsdirektiv:

89/665/EEG, rättsmedel I

92/13/ EEG, rättsmedel. II

3.3 För vilka är lagen tillämplig för och för vilka transaktioner?

Enligt 1 kap 2§ LOU är lagen tillämplig när stat, kommun, landsting, och andra i lagen angivna så kallade upphandlande enheter genomför upphandling. När det gäller organ som är på gränsen mellan offentliga och privata är rättsläget osäkert. I 1 kap 6§ LOU definieras vilka organ som skall tillämpa LOU, och där stadgas att syftet för organets inrättande skall vara att täcka ett behov i det allmännas intresse som inte är av kommersiell eller industriell karaktär. Det som vållat problem är bland annat kommunala bostadsbolag och vissa turistanläggningar, som till exempel Liseberg.

I stort sett alla transaktioner som dessa organ företar sig faller in under LOU. Vissa undantag finns dock där upphandling ter sig som en mindre lyckad lösning.¹² För att ett agerande av ett organ skall räknas som en transaktion krävs att det är frågan om att handla med en annan part, verksamhet i egen regi faller inte in under LOU. Förslag har funnits om att genom lagstiftning tvinga de offentliga organen att i konkurrens upphandla verksamhet som skall bedrivas i egen regi.¹³

För att kunna avgöra vilka regler som gäller så krävs först och främst att man är på det klara med vad det är som skall upphandlas. Olika regler gäller för olika sorter av varor och tjänster. Den andra viktiga punkten att hålla reda på är om det rör sig om en upphandling över eller under tröskelvärdena. Är det fråga om en upphandling över dessa värden är upphandlingen reglerad av gemenskapsrätt och kapitel 2-5 LOU är tillämpligt.

En upphandling under tröskelvärdena är inte direkt reglerad av gemenskapsrätt men Sverige har ändå valt att reglera dessa i samma regelverk. I dessa fall gäller kapitel 6 oavsett typ av transaktion.¹⁴ Samma sak gäller vissa typer av tjänster de så kallade b-tjänsterna.¹⁵ Vissa transaktioner är helt undantagna från LOU och dessa nämns i 1 kap 3§ 1st LOU. Det är då

¹² Exempel är LOU 5:1§ om hyra av fastighet och telefonitjänster.

¹³ Ds 1992:121 Anbudskonkurrens vid offentlig produktion – ett lagförslag, s 1

¹⁴ Ytterligare special regler beroende av typ finns, se LOU 6:1 som bland annat hänvisar till 1:3 2st LOU.

fråga om speciella situationer då det rör vissa internationella avtal som Sverige är bundet av, samt stationering av militär personal vilket inte i dagsläget är en relevant sak för Sverige.

Även privata organ kan vara tvungna att följa LOU, det är då ett annat organ som i sin tur är skyldigt att följa LOU finansierar mer än hälften av kostnaderna som löper på det som skall upphandlas. Det åligger det finansierande organet att se till att det privata organet följer reglerna i LOU. Syftet med denna bestämmelse är att omöjliggöra ett möjligt kringgående av LOU. Även om det är ett privat organ som faktiskt gör upphandlingen så sker den med pengar som tillhör ett offentligt organ, det är alltså i en bemärkelse ändå frågan om en offentlig upphandling.

3.4 Tröskelvärden

Tröskelvärdena anges i LOU i valutan Ecu och i så kallade Sdr, som står för särskilda dragningsrätter. Omräkningstabeller till svenska kronor fastställs av regeringen.¹⁵ Orsaken till att det även nämns i Sdr är Sverige och EUs anslutning till GPA, där det stadgas att tröskelvärdena skall anges i detta värde.

För att kunna avgöra vilket kapitel i LOU som är tillämpligt för en viss upphandling är det lämpligt att börja med att räkna ut vilket värde upphandlingen har. Syftet med detta är att se om det rör sig om en upphandling ovan eller under tröskelvärdena. Olika beräkningsgrunder gäller för olika sektorer. Reglerna om hur storleken av upphandlingen skall avgöras syftar till att ge en enhetlig beräkningsgrund och minska möjligheten att kringgå lagen genom att använda en alltför fördelaktig beräkningsgrund.

Omräkningstabell

ecu	kronor
200 000	1 728 000
400 000	3 457 000
600 000	5 185 000
750 000	6 482 000
5 000 000	43 214 000

¹⁵ LOU 5:1 med hänvisning till bilagan avd b i LOU

¹⁶ Förordning (1996:581) om tröskelvärden enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

De tröskelvärden som anges i särskilda dragningsrätter (sdr) i 2-5 kap. lagen om offentlig upphandling skall motsvaras av följande belopp i svenska kronor.

sdr	kronor
130 000	1 157 000
200 000	1 780 000
400 000	3 561 000
5 000 000	44 515 000

3.5 Grundläggande principer

I 1kapitlet 4§ LOU återfinns den huvudregel som bestämmer hur en upphandling skall gå till. De flesta övriga regler är egentligen procedurregler som bestämmer hur detta mål skall uppnås.

Regeln lyder:

Huvudregel om affärsmässighet

4§ Upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, Anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Precis som regeln säger så är målsättningen att en offentlig upphandling skall bedömas på affärsmässiga grunder det vill säga samma grunder som ett vinstrationellt företag skulle göra. Denna regel skall genomsyra alla beslut, avgöranden och bedömningar som görs under upphandlingsförloppet. Grunden är att det lägsta priset skall vara utslagsgivande.¹⁷ Skall andra omständigheter tillmätas betydelse krävs att dessa anges i det så kallade förfrågningsunderlaget. Till detta kommer ytterligare krav som får anses ingå i regeln och läses in i andra meningen.

Icke-diskriminering Utgår ifrån EG-fördragets art 6 som stadgar att diskriminering på grund av nationalitet inte är tillåten då detta motverkar målsättningen med den gemensamma marknaden.

Likabehandling Alla leverantörer skall behandlas lika, till exempel när det gäller information och tidsfrister. Klarhet och tydlighet ger alla samma

¹⁷ LOU 1:22§

möjlighet att bilda sig en uppfattning om vilka krav som ställs på det som skall upphandlas och på leverantören.

Proportionalitet	Kraven på leverantören måste stå i proportion till det som skall upphandlas.
Transparens	Upphandlingen skall präglas av förutsebarhet och öppenhet. Annonsering och krav på att samtliga krav skall finnas tillgängliga ligger i detta krav men också det att dessa ej kan ändras med mindre än att upphandlingen görs om.

3.6 Upphandlingsformerna

I 1 kap 5§ LOU definieras de olika upphandlingsformerna rent generellt. I denna allmänna beskrivning ges ingen information om när ett visst förfarande skall användas. Detta anges istället i de särskilda kapitlen som berör de olika sektorerna (2-6 kap LOU).

Öppen upphandling är den typ av upphandling där alla leverantörer, efter annonsering, får avge anbud. I de fall då öppen förhandling används är det inte tillåtet att förhandla med de olika leverantörerna. Denna typ av upphandling är att anse som huvudregel.

Selektiv upphandling innebär att den upphandlande enheten annonserar och inbjuder leverantörer att lämna en intresseanmälan och därefter bjuder in vissa av dessa att avge anbud. Generellt kan sägas att denna upphandlingsform får användas när intresset förväntas bli stort. Ibland kallas denna typ av upphandling för upphandling med prekvalificeringsomgång.

Förhandlad upphandling med föregående annonsering innebär att den selektiva upphandlingen utökas med ett moment av förhandling. Detta får endast ske i vissa bestämda situationer, som beror på inom vilken sektor upphandlingen sker. Ett exempel är varuupphandling 2 kap 10§ LOU. Vid upphandling av varor får denna typ av upphandling användas då öppet eller selektivt upphandlingsförfarande har använts, men anbudet som inkommit inte motsvarar de krav som ställts. Dock krävs att förfrågningsunderlaget inte ändrats under tiden. Vad som krävs för att man skall få förhandla måste man detaljstudera i

specialkapitlen då det till viss del skiljer sig åt.

Förhandlad upphandling utan föregående annonsering är ytterligare en typ av upphandling som endast får utnyttjas när speciella omständigheter föreligger. Precis som jag skrev ovan måste man undersöka detta beroende på inom vilken sektor upphandling sker. För varuupphandling stadgas det i 2 kap 11§ LOU att detta förfarande är tillåtet vid synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte beror på eller kunde förutses av den upphandlande enheten. Andra omständigheter är att varorna endast framställs för forskning eller experiment och att de ej säljs i vinstsyfte, eller att en ensamrätt genom till exempel patent eller upphovsrätt gör att det bara finns en leverantör. Dessutom kan detta gälla vissa fall av tilläggsleveranser av redan tidigare upphandlad vara och annan leverantörs vara är tekniskt oförenliga med det som ursprungligen upphandlades.

Förenklad upphandling är den variant av upphandling som används för upphandlingar som faller under 6 kapitlet, det vill säga de upphandlingar som faller under tröskelvärdena eller är så kallade B-tjänster. Den stora skillnaden mot ovan nämnda former av upphandling är att de förfarande som normalt tillämpas inte gäller. Alla leverantörer har rätt att delta, de som deltar skall lämna skriftligt anbud och den upphandlande enheten har rätt att förhandla med en eller flera av dessa leverantörer.¹⁸ Mer om detta nedan i kapitel 5.

Direkt upphandling är den enklaste varianten av upphandling som endast tillämpas för de upphandlingar som faller under 6 kapitlet LOU. Det är tillåtet att använda denna typ när det rör små belopp, eller om det finns synnerliga skäl såsom exempelvis oförutsedd brådska. Lagen uppmanar upphandlande enhet att fastställa riktlinjer för denna typ av upphandling. I denna typ hamnar de typiska köp som en enskild tjänsteman gör, till exempel inköp av en bok. Se vidare i kapitel 5.

Arkitekttävlingar är en speciell upphandlingsform som behandlas i 5 kap LOU, som i övrigt behandlar om upphandling av tjänster. Det som skiljer en sådan upphandling från andra är det estetiska inslaget som ofrånkomligen är en del av arkitekttjänsters karaktär och som gör det svårt att tillämpa reglerna. Lagen ger därför möjlighet att anordna en så kallad

¹⁸ Löfving/Setterlid, Kommunal upphandling och näringsverksamhet inom kommuner och landsting, 4uppl, 1998, Norstedts, Stockholm, s56.

formgivningstävling.¹⁹ Reglerna om detta syftar till att uppnå lika behandling av de som tävlar men lägger inga krav på vilket av tävlingsbidragen som skall antas. Formgivningstävlingen är alltså undantagen från 1 kap22§ LOU där det stadgas att lägsta pris, alternativt mest fördelaktiga ekonomiska anbud, är det som skall antas.

3.7 Annonsering och tidsgränser

Vi har i kapitlet ovan nämnt att annonser är viktiga vid upphandling och att vissa tidsgränser gäller vid upphandling. En viktig förutsättning för att de huvudsakliga syftena med offentlig upphandling skall uppnås är att alla potentiella leverantörer får samma information om beslutade upphandlingar. Syftet med annonser är att ge företagen erforderlig information för att kunna avgöra om de ska delta i en viss upphandling eller inte, detta leder till att det är viktigt hur annonsen utformas.

Huvudregeln är enligt 1 kap 7§ LOU att en upphandlande enhet skall annonsera sitt intresse att göra en upphandling. Undantag finns i specialkapitlen som anknyter till de upphandlingsformer där annons inte krävs. I 1 kap 8-11§ LOU finns detaljerade regler som reglerar på vilket sätt annonsen skall skickas till Publikationsbyrån, på vilket språk den skall avfattas, dag för publicerande och om annonsering efter avslutad upphandling.²⁰

Annonsen skall publiceras i Tillägg till Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT)²¹ samt i det elektroniska mediet TED.²² För att enkelhet och likformighet skall prägla annonsen har kommissionen utarbetat en gemensam upphandlingsordlista, CPV.²³ Annonsen skall utformas på ett officiellt EG-språk, vilket svenska numera är, och inte vara längre än en sida. Hur annonsen rent formellt skall utformas bestäms i bilagorna till förordningen om annonser vid offentlig upphandling.²⁴ Hos NOU finns även blanketter på svenska, vilka kan laddas ner från NOU's hemsida.²⁵ Annonser om avslutad upphandling ger företagen en möjlighet att se om deras rättigheter enligt lagen har respekterats.

¹⁹ LOU 5:28-33§

²⁰ Fullständigt namn: Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer.

²¹ På engelska heter tidningen Official Journal of the European Communities (OJ).

²² TED (Tenders Electronic Daily) är en databas med information om annonser om upphandling inom framförallt EU och EES. Man publicerar främst annonser om kommande, pågående och avslutade upphandlingar, men även annonser om t.ex. prequalificering.

²³ Common Procurement Vocabulary se EGT nr L222 1996-09-03

²⁴ SFS 1998:77

²⁵ www.nou.se

En intressant fråga är huruvida en upphandlande enhet har rätt att använda andra medier än de som bestäms i lagen. EGT/TED såsom media måste anses vara tämligen smalt. Det är troligt att många potentiella leverantörer inte läser annonsen. Inget tyder på att det skulle stå i strid med LOU eller EG-rätten att tilläggsannonsera i andra medier. Det snarare bättrar på konkurrensen att fler får möjlighet att lämna anbud. Det finns heller inget krav på att en sådan annons skall vara nationellt täckande. Genom annonsen i EGT är lagens krav uppfyllt och då har alla leverantörer fått samma möjlighet att läsa annonsen. Två saker är dock viktiga vid tilläggsannonsering i andra medier, annonsen skall först eller samtidigt publiceras i EGT och tilläggsannonsen får ej innehålla mer uppgifter än annonsen i EGT. Följs ej detta innebär tilläggsannonsen brott mot principerna om lika - behandling och icke - diskriminering.

I grönboken om offentlig upphandling påpekas det hur viktigt det är med publicering som når alla och att de nya elektroniska informationsvägarna skall utnyttjas mer så att annonserna kommer fler till kännedom.²⁶

Dagen för avsändandet till publiceringsbyrån är avgörande för de tidsgränser som stipuleras i LOU. För till exempel varuupphandling är tidsgränsen för mottagande av anbud 52 dagar från avsändandet av annonsen. Detta gäller i normala fall, en upphandling kan också ske enligt så kallat påskyndat förfarande. Påskyndat förfarande är möjligt vid upphandling enligt 2,3 och 5 kapitlet, vilket innebär att tidsfristerna kortas, då det är brådskande att upphandla vissa saker. I vissa fall kan den upphandlande enheten vara skyldig att förhandsannonsera sina större inköp. Detta skall den upphandlande enheten göra om dess totala upphandling inom ett varuområde överstiger 750 000 ecu per år. Detta betyder att större planerade inköp i förväg skall annonseras i EGT/TED. Om ett inköp förhandsannonseras innebär detta att de olika tidsgränserna som enligt 2 kap 13§ LOU normalt gäller påverkas.

3.8 Rättsmedlen

I 7 kap LOU specificeras de så kallade rättsmedlen, som utgår från EG-direktiven nämnda i kap 3.2.2. Syftet är att skapa en minimistandard inom EU som specificerar de rättigheter en leverantör som känner sig förbigången i ett upphandlingsförfarande har. Den kontrollmöjlighet som är möjlig att utföra enligt EG-fördraget har inte ansetts vara tillräcklig,

²⁶ Kommissionens grönbok ”offentlig upphandling inom europeiska unionen: Överväganden om framtiden”, av den 27/11 1996 KOM (96) 583 slutlig, s23 (hädanefter Grönboken)

då den största delen av upphandlingar sker nationellt.²⁷ Självklart sätter inte direktiven på något sätt EG-fördraget ur spel utan specificerar de artiklar som där finns. Syftet är att säkerhetsställa snabba och effektiva rättelsemekanismer i de fall regelbrott konstateras. Det första direktivet avser varor och entreprenad och det andra innehåller regler för försörjnings sektorerna (det vill säga 4 kapitlet). Sverige har genom LOU ansett sig ha implementerat dessa direktiv på ett riktigt sätt, men möjligheterna till prövning i de olika medlemsländerna skiljer sig avsevärt åt.²⁸

När det gäller 7 kapitlet så är reglerna avseende 2,3 och 5 kap LOU relativt lika. För 4 kap LOU gäller speciella regler. Upphandlingar som faller inom 6 kap LOU, det vill säga under tröskelvärde, är inte reglerade i direktiv. Sverige har ändå valt att ge dessa samma reglering som de upphandlingar över tröskelvärdena, vilket måste anses göra lagen mer logisk och lättillgänglig, men man skall inte glömma att även om ett upphandlingsförfarande inte är reglerat i direktiv så gäller de grundläggande artiklarna i Fördraget ändå. Här kan som exempel nämnas artiklarna om icke-diskriminering och likabehandling. De grundläggande möjligheterna till prövning av en upphandling i 7 kap LOU är överprövning, medling, granskning och skadestånd.

3.8.1 Överprövning och skadestånd

När det gäller överprövning och skadestånd är huvudregeln att överprövning är möjlig till dess bindande skriftligt avtal har slutits om upphandling, efter denna tid är endast skadestånd möjligt.²⁹

Överprövningen regleras i 7 kap 1-4§ LOU och fungerar på så sätt att en leverantör som under pågående upphandling anser att han lidit eller kommer att lida skada ansöker hos länsrätten om att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse gjorts eller att upphandlingen skall göras om. Yrkandet i länsrätten kan också innehålla en begäran om ett omedelbart förbud att avsluta upphandlingen för att inte den upphandlande enheten trots de frågetecken som finns runt upphandlingen skall slutföra den, inhibition. Vid upphandlingar som rör 4 kap LOU får rätten även förbjuda den upphandlande enheten vid vite att fortsätta upphandlingen utan att vidta

²⁷ Ds1992:4, s 87

²⁸ Sammanställning NOU info 93-95, s 72

²⁹ Tidigare gällde då beslut om leverantör fattats, LOU ändrad SFS 1997:1068. Se även RÅ 1996:50.

rättelse.

En upphandlande enhet som inte följt bestämmelserna i LOU skall ersätta den skada som en leverantör har drabbats av på grund av felaktigheten. När väl en upphandling är slutförd kan som ovan nämnts denna ej ogiltigförklaras utan skadestånd som kompensation är då den enda möjliga vägen, 7 kap 6§ LOU. För att en leverantörsskada skall anses vara ersättningsbar krävs att den av enheten begångna felaktigheten och skadan har kausalitet. ”Leverantören skall på grund av felaktigheten i princip ha förlorat kontraktet till följd därav”³⁰. Bevisbördan för samtliga dessa omständigheter åligger leverantören, vilket i praktiken har visat sig mycket svår att uppnå. Lagstiftaren har också förutsatt att det skall vara på detta viset.³¹ Det är även förutsatt i lagstiftningen att en leverantör som ej lämnat anbud kan vara berättigad till skadestånd då till exempel en felaktig annons kan leda till att denne felaktigt väljer att ej lämna anbud. I dessa fall torde det vara i stort sett omöjligt för leverantören att visa på en skada med dagens bevisbörderegler.³²

Skadestånd skall utgå med positivt kontraktsintresse, det vill säga också ersättning för utebliven vinst. Detta har varit mycket omdiskuterat och utsatts för kritik, där det hävdas att kostnaden för de offentliga enheterna blir för hög.³³ Det torde ej vara möjligt att ändra på detta utan att Sverige begår ett brott mot gemenskapsrätten eftersom direktiven om offentlig upphandling specificerar att skadeståndet skall utgå med positivt kontraktsintresse.³⁴

I skadeståndsrätten har normalt den typen av ersättning endast varit möjlig i inomkontraktuella förhållanden. Högsta domstolen har i en dom uttalat att upphandling är att anse som ett så kallat kvasi - kontraktuellt förhållande och då utdömt det positiva kontraktsintresset.³⁵ En intressant fråga är om flera parter kan vara skadeståndsberättigade samtidigt, lagstiftaren har uttalat att detta ej är möjligt då det faktiskt bara är en som kan vinna upphandlingen.³⁶ Hellners åsikt är att det skulle vara orimligt för en domstol att avgöra vem utav leverantörerna som har angivit det mest fördelaktiga anbudet och sedan utdöma

³⁰ Prop 1992/93:88 s 103.

³¹ Prop 1992/93:88 s 46.

³² Ds1992:62 Offentlig upphandling & EES del II s 97 samt Forsberg, Offentlig upphandling i praktiken, Norstedts, 1998, s 124.

³³ Palm & Riberdahl, Upphandlingslagens skadeståndsregler bör ses över, SvJT 1996 s466

³⁴ Grönboken, s8

³⁵ NJA 1998 s783f, Arkitektjänst i Uppsala AB och Heby kommun

³⁶ Prop 1992/93:88 s 103

skadestånd till denne.³⁷

I 7kap 7§ LOU finns ytterligare en skadeståndsregel. Denna gäller för de så ofta särreglerade upphandlingarna inom 4kap LOU. Regeln är ett komplement till den ovan nämnda 6§ och stadgar om ersättning till anbudsgivare för det negativa kontraktsintresset om ett åsidosättande av LOU har menligt påverkat dennes möjligheter att vinna upphandlingen. Kraven är i dessa fall lägre än vid en skadeståndstalan enligt 6§ eftersom där krävs att leverantören visar att han förlorat kontraktet på grund av det begångna felet. Den upphandlande enheten bör kunna undgå skadeståndsskyldighet genom att visa att denne leverantören ändå ej skulle fått kontraktet. Hur de två paragraferna hänger samman är oklart. Lagrådet har uttalat sig om detta och menar att på grundval av uttalanden i propositionen³⁸ förmedlas intrycket att, på grundval av skadeståndsrättsliga principer, det inte skall kunna komma ifråga att ge skadelidande ersättning enligt 7 kap 6§ LOU för negativt kontraktsintresse i andra fall än när skadeståndslidande kan visa att han förlorat kontraktet på grund av felet.³⁹ Hellner anser att skadestånd avseende det negativa kontraktsintresset kan utgå för andra sorters upphandlingar än de som faller under 4 kapitlet LOU.⁴⁰

Talan om skadestånd skall enligt 7kap 8§ LOU väckas inom ett år från den dagen som avtal slutits mellan enheten och den vinnande anbudsgivaren. Talan väcks vid tingsrätt i den ort där den upphandlande enheten har sitt hemvist.⁴¹ Om tiden försitts har hans rätt till skadestånd gått förlorad.

3.8.2 Tillsyn, granskning och medling

Tillsynen av hur LOU efterlevs sköts av Nämnden för offentlig upphandling, NOU, 7 kap 9§ LOU. I sitt arbete får nämnden inhämta alla nödvändiga upplysningar från upphandlande enheter. Huvudregeln enligt LOU är att detta skall ske skriftligen men om det brådskar kan information inhämtas genom besök på enheten. En upphandlande enhet måste lämna ut det material NOU begär att få ta del av, 7kap 10§ LOU. Regeringen utfärdar närmare

³⁷ Hellner, Skadeståndsrätt, 5uppl, Juristförlaget, 1995 s 469

³⁸ Prop 1992/93:88 s 102f

³⁹ Prop 1992/93:88 s 141

⁴⁰ Hellner, s 469

⁴¹ 10kap 1-2§ RB

instruktioner för hur NOU skall arbeta⁴².

Ytterligare kontrollmöjligheter finns när det gäller upphandling enligt 4 kapitlet LOU. En upphandlande enhet kan få sina rutiner granskade av en oberoende granskare i syfte att bedöma om rutinerna stämmer överens med EG:s upphandlingsregler och LOU. Kostnaden för detta faller dock på den upphandlande enheten. Regler om detta finns i 7 kap 11§ LOU. Ett annat specialfall är ett medlingsförfarande som kan tillgripas av anbudssökande och anbudsgivare. Detta kan tillgripas även under pågående prövning i länsrätten, se 7 kap 11§ LOU.

3.8.3 Andra vägar att ingripa mot felaktig tillämpning av LOU

I övrigt kan även LIU, lag(1994:615) om ingripande vid otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling, användas för att komma tillrätta med felaktiga metoder vid offentlig upphandling. Det är i dessa fall fråga om otillbörliga beteenden och det är då marknadsdomstolen som prövar frågan. Talan kan väckas av konkurrensverket eller sammanslutning av konsumenter eller företag. Denna reglering har fått mycket liten praktisk betydelse, en av orsakerna torde vara att de flesta situationer som lagen kunde vara tillämplig på redan är reglerade i LOU.⁴³ Konkurrenslagen är till viss del också tillämplig på felaktiga beteenden av en upphandlande enhet. I dessa fall rör det då konkurrens begränsande samarbete eller missbruk av dominerande ställning. Konkurrenslagen är endast tillämplig på företag enligt 3§ KL och i de fall det offentliga organets verksamhet utgör myndighetsutövning är KL ej tillämplig. Detta kan leda till svåra bedömningar.⁴⁴

⁴² Förordning (1993:98) med instruktion för Nämnden för offentlig upphandling

⁴³ Löfving/Setterlid, s25.

⁴⁴ Carlsson mfl, Konkurrenslagen, 2uppl, Fritzes, 1995

4 Vilka krav kan den upphandlande enheten ställa och vilka principer styr prövningen av anbudet?

4.1 Inledning

I detta kapitel kommer jag att utifrån ett rent allmänt perspektiv att diskutera de krav som den upphandlande enheten kan ställa på leverantören och på själva föremålet för upphandlingen. I efterföljande kapitel kommer jag att ta upp samma problematik utifrån de speciella förutsättningar som miljö och sociala aspekter har. I detta kapitel diskuteras i första hand de krav som gäller för upphandling över tröskelvärdena. Vad som skiljer upphandlingar under tröskelvärdena och från B-tjänsterna från de över tröskelvärdena diskuteras i kapitel 6.

Det är av yttersta vikt att man har klart för sig att det är en klar skiljelinje mellan de krav en upphandlande enhet kan ställa på leverantören och de krav som kan ställas på den produkt eller tjänst som leverantören producerar. Dessutom är det viktigt att prövningen av dessa två saker sker skilt ifrån varandra, annars begår den upphandlande enheten ett fel som kan leda till skadeståndsskyldighet uppkommer.⁴⁵

4.2 Krav på leverantören

Krav på själva leverantören kan ses ur två perspektiv, nämligen den formella sidan, uteslutningsgrunderna, och den kvalitativa sidan, kvalifikationskraven. Det först nämnda är alltså de omständigheter som ger den upphandlande enheten rätt att utesluta en leverantör från att ens få delta i upphandlingen. Kvalifikationskraven är alltså omständigheter hänförliga till leverantören i egenskap av producent och företag som ger den upphandlande enheten en bild av leverantören. Tanken är att dessa kvalifikationskrav skall fungera som ett såll där den upphandlande enheten kan ta bort de leverantörer som har sämre förutsättningar än andra att uppfylla framtida leveranser.

Vid selektiv och förhandlad upphandling anger den upphandlande enheten kvalifikationskraven i annonsen men när det är fråga om öppen och förenklad upphandling så

⁴⁵ 1 kapitlet 20a§ LOU och EG-domstolen C31/87 Beentjes BV mot Nederländerna

sker detta direkt i förfrågningsunderlaget. Inom försörjningssektorerna finns inga fastställda, tillåtna, kvalifikationskrav som får ställas på leverantören. Detta har tolkats som att den upphandlande enheten i dessa fall har större valfrihet än inom de klassiska sektorerna. Det är oklart om regeln i 4kap 22§ LOU tillåter en sådan valfrihet i ett nationellt perspektiv.⁴⁶ Det är dock viktigt, oavsett sektor, att kraven är objektiva och tillgängliga för samtliga presumtiva leverantörer.

4.2.1 Uteslutning av leverantör enligt 1 kap 17§ LOU

De uteslutningsgrunder, som finns att hitta i 1kap 17§ LOU, är inte obligatoriska uteslutningsgrunder. I direktiven används orden ”may be excluded” vilket skall tolkas så att det är upptill varje medlemsland om dessa krav skall vara obligatoriska eller ej. Sverige har lämnat det öppet till varje upphandlande enhet att själv göra bedömningen.⁴⁷ Men kraven torde vara att anse som grundläggande krav som den offentliga sektorn bör ställa på sina motparter, i vart fall av etiska skäl. En annan orsak att se till att leverantörerna lever upp till dessa torde vara att de företag som ej uppfyller kraven lider större risk att inte klara att fullgöra sina åtaganden. Dock måste även här proportionalitetsprincipen iakttas, det vill säga olika sorters upphandlingar kan kräva att kraven utvärderas olika. Kraven kan leda till svåra värderings och tolknings problem. Men man får inte glömma att även en leverantör i konkurs kan vara minst lika pålitlig som andra genom till exempel en garanti från konkursförvaltaren. Kortfattat är uteslutningsgrunderna i 1kap 17§ LOU följande:

Uteslutning kan ske om leverantören är

1. i konkurs, i likvidation, under tvångsförvaltning, i ackord, eller har inställt betalningar tillsvidare, eller har näringsförbud.
2. föremål för ansökan om något ovan.
3. dömd för brott avseende yrkesutövningen (lagakraftvunnen dom)
4. skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen (OBS skall visas av den upphandlande enheten, se nedan)
5. skyldig till att ej fullgjort åligganden avseende skatt och avgifter i det egna eller i upphandlandens land.

⁴⁶ Hentze/Sylvén, Offentlig upphandling, 1998, Norstedts, s 159

⁴⁷ Hentze/Sylvén, s 163

Bedömningen enligt punkterna 1,2 och 5 betyder inga större svårigheter då de är av typen ”antingen eller”. Problemen ligger i bedömningarna av punkterna 3 och 4. Uteslutningsgrunden i punkt 3 talar om brott avseende yrkesutövningen. I direktiven talas det i detta fall om brott mot yrkesetiken, men vilka brott avses? Det finns inget givet svar på detta men det torde avse brott som har direkt samband med företagets verksamhet och som regleras i specialstraffrätten.⁴⁸ Typiska sådana brott är skattebrott och ekonomiska brott. Dessutom skall brottet ha relevans för upphandlingen, det vill säga röra just det som upphandlingen rör, ekonomisk brottslighet behöver därför inte vara ett absolut hinder.⁴⁹ Men bedömningarna kan vara svåra, om till exempel ett tillverkningsföretag brutit mot livsmedelslagen i sin personalrestaurang är det grund för uteslutning i en upphandling av maskiner? Svaret är troligtvis nej med hänvisning till proportionalitetsprincipen.

Punkt 4 är ännu svårare än punkt tre då man här endast talar om allvarligt fel i yrkesutövningen. I punkten tre skall i vart fall brottet ha styrkts genom en lagakraftvunnen dom. Regeln torde även avse överträdelse av regler som ej utgör brott, dessutom krävs som sagt att överträdelsen är allvarlig.⁵⁰ Även i dessa fall skall överträdelsen vara relevant för den specifika upphandlingen och enligt proportionalitetsprincipen rimligen ha en inte helt oväsentlig betydelse. I dessa fall kan det röra sig om etiska värderingar men också exempelvis om uteslutning ur en branschföreningar kan vara tecken på allvarliga fel i yrkesutövningen. Även allvarliga försummelser i utförandet av andra leveranser kan räknas hit. Men enbart det förhållandet att leverantören och den upphandlande enheten ligger i tvist avseende en tidigare upphandling berättigar inte enheten att förkasta ett anbud på denna grunden enligt NOU.⁵¹ Att sakna en, enligt lag föreskriven, jämställighetsplan kan anses som ett allvarligt fel först sedan ett viteskrav ställts på leverantören på grund av detta. En leverantör, i övrigt seriös, som begått ett allvarligt fel men rättat till det skall inte konsekvent uteslutas endast på grund av detta.⁵²

Kammarrätten i Stockholm har funnit att bestämmelsen är tillämplig på förfaranden som är straffbara och som skulle falla under punkt 3 men där domen ej vunnit laga kraft.⁵³ Detta

⁴⁸ Forsberg, s 70.

⁴⁹ SOU 1997:111, Huvudbetänkande av branschsaneringsutredningen, s463.

⁵⁰ SOU 1997:111, s464.

⁵¹ Sammanställning NOU Info 1996 s 50

⁵² Hentze/Sylvén, s 163

⁵³ Kammarrätten i Stockholm, dom (8647-1996)

beslut täpper till det hål som rent bokstavligt finns mellan punkt 3 och 4.

Bevisbördan för huruvida en uteslutningsgrund i 1 kap 17§ LOU föreligger ligger i de flesta fall på leverantören, det vill säga att denne måste visa att sin ”oskuld” genom inlämnande av dokumentation. När det gäller punkten 4 om allvarliga fel i yrkesutövningen gäller dock det omvända, i dessa fall skall den upphandlande enheten visa att det föreligger grund för uteslutning.

Vid selektiv och förhandlad upphandling där, som ovan nämnts, vissa leverantörer inbjuds att lämna anbud, görs urvalet bland annat med hjälp av uteslutningsgrunderna. Eftersom de flesta normalt uppfyller dessa krav får den upphandlande enheten även använda andra urvalskriterier för vilka som skall inbjudas så länge detta sker på objektiva och sakliga grunder. Vid uteslutande av utländska leverantörer kan risk uppkomma att den upphandlande enheten gör sig skyldig till nationell diskriminering.⁵⁴

LOU uppställer formkrav för den bevisning som gäller enligt 1 kap 17§ LOU, om detta finns regler i 1 kap 18§ LOU. En leverantör ska genom skriftliga bevis, lämpade för ändamålet, visa att han uppfyller de krav som ställs på honom. Skriftliga bevis kan, vid särskilda skäl, ersättas av en muntlig utsaga som avgetts på heder och samvete. Detaljerade bestämmelser om detta finns i Förordning (1998:1364) om bevis vid offentlig upphandling.

4.2.2 Kvalificering av leverantör

Annan information som är viktig när det gäller kvalificering av leverantör är dess finansiella och tekniska ställningen. Enligt 1 kap 18§ LOU skall den upphandlande enheten i annonsen ange vilken information som behövs för detta. Vad som kan vara relevant kommer till stor del att bero på föremålet för upphandlingen. Den upphandlande enheten får ej utesluta utländsk leverantör på grund av att informationen inte lämnas i den begärda formen utan får acceptera likvärdig form av information. När det gäller informationen om teknisk kapacitet kan relevant information vara:

1. Referenser från tidigare leveranser
2. Beskrivning av personalens kompetens

3. Beskrivning av kvalitetskontroll
4. Beskrivning av leverantörens utrustning.

Att ställa krav på teknisk kapacitet som ej motsvarar de i direktiven uppräknade kraven är ej tillåtet enligt en dom som avkunnats av EG-domstolen.⁵⁵ Dessutom måste de upplysningar som begärs in avseende teknisk kapacitet vara relevanta. Att begära in upplysningar som saknar värde för bedömningen torde inte vara tillåtet och inte ligga i linje med kravet på proportionalitet.⁵⁶

Uppgifter om hur leverantören såsom arbetsgivare uppfyller krav på jämställdhet kan normalt inte heller anses som ett relevant krav som får påverka kvalificeringen av leverantören över tröskelvärdena. Det bör påpekas att även en begäran om sådana uppgifter i sig innebär ett brott mot proportionalitetsprincipen, eftersom en leverantör utan en jämställdhetsplan då kan avstå från att lämna anbud. Ett undantag, då uteslutning av en leverantör kan ske på grund av dessa frågor är när det, som ovan nämnts, gäller allvarliga brott mot yrkesutövningen. Det samma gäller krav på att leverantören tecknat kollektivavtal med sina anställda.⁵⁷ En osäker fråga är huruvida kollektivavtal kan vara en grund för uteslutning om det finns chans att detta påverkar den upphandlande enheten negativt, till exempel att det föreligger risk för blockad under avtalstiden på grund av avsaknaden av kollektivavtal. Frågan är ej prövad och därför oklar.⁵⁸

Det som är speciellt känsligt när det gäller infordrande av uppgifter, rör de uppgifter som lämnas om leverantörens finansiella och ekonomiska ställning eftersom detta gränsar till vad som måste anses vara affärshemligheter. Enligt EG-direktiven för varu- och tjänsteupphandling skall den upphandlande enheten ta hänsyn till leverantörers rättmätiga intresse av att skydda hemligheter. Att infordra uppgifter av denna typ kan avhålla leverantörer från att delta i upphandlingen, detta leder då till en snedvridning av konkurrensen. Det är inte heller tillåtet att kräva att leverantören redovisar sin vinstmarginal

⁵⁴ Forsberg, s 69

⁵⁵ 76/81 (Transporte)

⁵⁶ Forsberg, s 74

⁵⁷ Kammarrätten i Stockholm, dom (1713-1995)

⁵⁸ Hentze/Sylvén, s 163

eller liknande.⁵⁹

En aspekt på de krav som den upphandlande enheten kan ställa och som vållar problem, är hur underleverantörerna skall bedömas. I många fall kan det vara där som själva produkten eller tjänsten produceras. Om underleverantören vid upphandlingstillfället är känd, det vill säga det står klart vem som kommer att vara underleverantör, är det lämpligt att göra en sedvanlig leverantörskontroll. När det gäller underleverantörer som inte är kända när upphandlingen sker, bör den upphandlande enheten förbehålla sig rätten att godkänna dessa under kontraktets löptid. Ett alternativ är att överlåta denna kontroll på huvudleverantören, varvid till exempel vite kan vara ett sätt att sanktionera bristfällig kontroll. Det torde inte vara möjligt att utesluta en leverantör på grund av att dennes underleverantör inte uppfyller kvalifikationskraven i 1 kap 17§ p 1–5 LOU. Däremot skulle en uteslutningsgrund kunna vara att en underleverantör inte uppfyller ställda krav på teknisk förmåga och kapacitet eller finansiell och ekonomisk ställning.⁶⁰

Om leverantören i något väsentligt hänseende har låtit bli att lämna de upplysningar som begärts av den upphandlande enheten med stöd av 1 kap 18§ LOU, är detta grund för uteslutande från vidare deltagande i upphandlingen. Samma sak gäller om upplysningarna som lämnats visat sig vara felaktiga.

4.3 Förfrågningsunderlaget

Som ovan nämndes är förfrågningsunderlaget viktigt i upphandlingen. Vad innebörden av ordet förfrågningsunderlaget är specificeras i listan med definitionerna i 1 kap 5§ LOU:

”Underlag för anbud, som en upphandlande enhet tillhandahåller en leverantör”

Förfrågningsunderlaget är alltså det dokument som den upphandlande enheten använder för att meddela potentiella leverantörer de krav som ställs på det som skall upphandlas, villkoren för antagande av anbud och hur kontraktet med den vinnande anbudsgivaren kommer att se ut. Även bedömningskriterierna, det vill säga hur kraven skall bedömas, skall anges i förfrågningsunderlaget. Förfrågningsunderlaget utgör det dokument som leverantörerna

⁵⁹ Kammarrätten i Sundsvall, dom (1431-95)

använder för att beräkna de anbud som de kommer att avge och för att anbudena skall kunna värderas på ett likformigt sätt, krävs en klar och tydlig utformning. Detta speciellt vid upphandling över tröskelvärdena eftersom anbudena inte får kompletteras vid sådan upphandling. Huvudregeln är att förfrågningsunderlaget skall utformas i enlighet med 1 kap 4§ LOU. Man kan dela in förfrågningsunderlaget i fem olika avsnitt:

1. Kravspecifikation.
2. Administrativa bestämmelser.
3. Kommersiella villkor.
4. Prövningskriterier
5. Kvalifikations krav

4.3.1 Ändringar i förfrågningsunderlaget

Ändringar är i princip inte tillåtna när förfrågningsunderlaget en gång offentliggjorts. Att föra in nya krav i en upphandling skulle leda till att förutsättningarna ändras för upphandlingen, likaså får inte ställda krav dras tillbaka. Sådana ändringar skulle leda till att den upphandlande enheten bryter mot likabehandlingsprincipen och brister i kravet om affärsmässighet. Om den upphandlande enheten anser att kraven eller bedömningskriterierna måste ändras så är det enda alternativet att avbryta upphandlingen och göra om den. NOU har i ett beslut uttalat sig om detta.⁶¹ Vid förhandlad upphandling får förfrågningsunderlaget kompletteras, under förutsättning att det inte rör sig om ändringar av så väsentlig karaktär att det förändrar det ursprungliga föremålet för upphandlingen.⁶²

4.3.2 Kravspecifikationen

Kravspecifikationen innehåller en beskrivning av det som skall upphandlas. Att rent generellt försöka beskriva vad en sådan specifikation skall innehålla är omöjligt då det beror mycket på vad som upphandlas. Den viktigaste uppdelningen är i de så kallade skall och bör kraven. Skillnaden ligger i att skall-kraven är ovillkorliga medan bör-kraven är villkorliga. Är ett skall-krav inte uppfyllt kan varan inte överhuvudtaget komma ifråga för upphandling.

⁶⁰ SOU 1997:111, s469

⁶¹ NOU ärende 63/95-21

⁶² NOU info okt. 1996, s8

Uppfyllda bör-krav ger däremot anbudet ett önskat mervärde och ökar leverantörens chans att få sitt anbud antaget. Enligt NOU måste den upphandlande enheten ange vilka bör krav som kan frångås samt i vilket avseende detta får ske och i vilken utsträckning. Enheten bör också upplysa hur ett uppfyllande av bör kraven kommer att värderas.⁶³ Ofta kan det vara svårt att exakt beskriva vad som skall upphandlas och en sådan exakt beskrivning kan hindra nya framsteg på marknaden från att kunna vara med i upphandlingen. Bättre är då att ange funktion och prestanda. Se nedan om tekniska krav och specifikationer. Att starta förhandlingar på anbud som avviker från kravspecifikationen och detta senare leder till kontrakt med ändrade villkor jämfört med kravspecifikationen, är ett brott mot likabehandlingsprincipen. Om man ändå vill göra detta måste förfrågningsunderlaget innehålla en möjlighet för anbudsgivarna att avvika från kraven, det vill säga en formulering som förklarar att anbud kan komma att beaktas trots att de avviker från kravspecifikationen. Detta för att inte avskräcka leverantörer som har varor som har samma funktion men ej uppfyller kraven.⁶⁴

Det är viktigt att inte kravspecifikationen görs så att det i realiteten bara är en vara eller en viss sorts process som skulle kunna vara aktuell för upphandling. Den upphandlande enheten kan få beskriva det som skall upphandlas genom att hänvisa till visst märke om det finns särskilda skäl, kanske är ett varumärke vedertagen term eller så går det inte att beskriva det som skall upphandlas på annat sätt, men detta gäller endast om orden ”eller likvärdig” sätts bakom märket. Exempel på sådana saker är termos eller jeep (varumärken).⁶⁵

4.3.3 Prövningskriterierna

Prövningskriterierna är del av den bedömningsmall den upphandlande enheten använder för att bedöma de från leverantörerna inskickade anbud. Det är alltså med hjälp av prövningskriterierna som frågan om vilket anbud som skall antas bestäms. Huvudregeln, som utgår från 1 kap 4§ LOU, är att det mest ekonomiskt fördelaktiga budet, alternativt det budet med lägsta pris skall antas. Om den upphandlande enheten vill välja det anbud vilket är det mest ekonomiskt fördelaktiga, vilket måste anses som det vanligaste, måste samtliga kriterier i den beräkningsgrund som kommer att användas anges i förfrågningsunderlaget. Det är

⁶³ NOU info okt. 1996, s10

⁶⁴ C-243/89 (Kommissionen mot Danmark)

⁶⁵ Sammanställning NOU info 1996, s17

viktigt är att provningskriterierna är fullt synliga för leverantörerna.⁶⁶

För att bedömningen skall bli så objektiv som möjligt, skall de olika provningskriterierna rangordnas och viktas sinsemellan. Viktningen innebär att varje provningskriterium ges ett värde, till exempel en procentsats. Dessutom är det lämpligt att ge varje anbudsgivare poäng på varje kriterium som är uppfyllt, till exempel på en skala från 1 till 10. I 1 kap 22§ LOU, där det stadgas om hur prövningen skall gå till, står det att den upphandlande enheten ”om möjligt” skall vikta provningskriterierna. Detta skall enligt NOU tolkas restriktivt, det vill säga att speciella omständigheter skall föreligga för att en upphandlande enhet inte skall behöva vikta kriterierna. Är det så att dessa omständigheter föreligger skall detta skall anges i förfrågningsunderlaget.⁶⁷ Den upphandlande enheten måste också vara på det klara med hur de olika kriterierna skall bedömas och värderas i ekonomiska termer. Utformningen av provningskriterierna är kanske det viktigaste för den upphandlande enheten att göra korrekt, då det är här det är lätt att göra fel, vilket leder till att skadeståndsskyldighet kan uppkomma. Det är aldrig tillåtet för en upphandlande enhet att använda sig av så kallad fri provningsrätt.⁶⁸

4.3.4 Administrativa bestämmelser och kommersiella villkor.

Vid upphandling som sker över tröskelvärdena skall upplysningar av administrativ karaktär finnas i förfrågningsunderlaget. Detta anges inte direkt i LOU men i direktiven anges det att dessa obligatoriska uppgifter skall finnas med.⁶⁹ Det rör sig om formella krav för att anbudet skall antagas, information om vilka dessa är finns att få på NOU's hemsida.⁷⁰

De kommersiella villkoren skall även de anges i förfrågningsunderlaget men dessa är av mycket olika karaktär beroende på vad som skall upphandlas. Det är här som den upphandlande enheten anger på vilka villkor de är villiga att avtala med den vinnande leverantören. Som exempel kan anges att betalningsvillkor, garantier, försäkring och leveransvillkor ingår bland de kommersiella villkoren. NOU har uttalat att det är viktigt att inte ställa för många och för långtgående krav då vart och ett innebär en prisökning för den upphandlande enheten. Långtgående villkor kan också avhålla leverantörer från att vilja

⁶⁶ Prop. 1992/93:88, s 51f.

⁶⁷ Sammanställning NOU info 1996, s 20

⁶⁸ Se till exempel NJA 1998:783.

⁶⁹ Sammanställning NOU info 1996, s18

⁷⁰ www.nou.se

deltaga i upphandlingen.⁷¹

4.4 Upphandling med hänvisning till tekniska specifikationer

När förfrågningsunderlaget utformas kan den upphandlande enheten ha med en teknisk beskrivning av föremålet för upphandlingen. Syftet med beskrivningen är att leverantören skall kunna skapa sig en uppfattning om det arbetet, materialet, produkten eller varan som han erbjuder uppfyller det av den upphandlande enheten avsedda ändamålet. Denna beskrivning skall i så fall uppfylla de krav som finns i 1 kap 12§ LOU. Där stadgas att beskrivningen skall göras med hänvisning till en svensk teknisk standard som överensstämmer med europeisk standard eller ett europeiskt tekniskt godkännande av en produkts lämplighet som gjorts av ett organ som godtagits av EES-länderna eller överensstämmer med en teknisk specifikation som har utformats enligt ett förfarande som godtagits av EES-länderna och som publicerats i EGT. När det gäller upphandlingar enligt 2,3 och 5 kapitlet får den upphandlande enheten utforma den tekniska beskrivningen utan tillämpning av huvudregeln i 1 kap 12§ LOU om förutsättningarna i 13§ samma kapitel är uppfyllda. När det gäller upphandlingar enligt 4 kap får även de tekniska specifikationerna utformas annorlunda men då finns förutsättningarna för detta i 4 kap 15a§ LOU.

I förordning om tekniska specifikationer vid offentlig upphandling⁷² specificeras vad som avses med en teknisk specifikation och där anges att en teknisk beskrivning skall innehålla samtliga de krav som framgår av förfrågningsunderlaget i fråga om arbete, material, produkt eller vara. Vidare anges även vad kraven skall omfatta. Denna bestämmelse har till syfte att motverka tekniska handelshinder som begränsar det fria flödet av varor och tjänster inom gemenskapen. Förordningen är en implementering av ett EG-direktiv.

Precis som när det gäller förfrågningsunderlaget i övrigt får de tekniska specifikationerna inte utformas på ett sådant sätt att endast en vara eller process kan komma i fråga, om detta innebär att vissa företag gynnas av detta.. En sådan utformning skulle strida mot kravet på icke-diskriminering, en hänvisning av detta slag är dock tillåten om det är motiverat med hänsyn till föremålet för upphandlingen.

⁷¹ Sammanställning NOU info 1993-1995, s 24

Det samma gäller en hänvisning till visst fabrikat eller ursprung. Detta är endast tillåten om det inte finns något annat sätt att beskriva varan på som är tillräckligt preciserat för att leverantörerna kan förstå vad det är frågan om. Görs detta måste orden ”eller likvärdig” finnas med i direkt anslutning till fabrikatet så att leverantörer av likvärdiga produkter känner en möjlighet att delta i upphandlingen trots att de ej säljer detta fabrikat.⁷³ Underlåtenheten innebär ett handelshinder som är i strid med artikel 28 romfördraget.

4.5 Anbudsprövningen

När väl leverantörerna kvalificerats skall anbudet provas. När den upphandlande enheten kommit till detta stadium är det inte tillåtet att göra någon förnyad prövning av kvalifikationskraven. Undantaget här är om någon av anbudsgivarna under förfarandet går i konkurs, sätts i likvidation eller dömts för brott i yrkesutövningen. I så fall kan detta utesluta honom ur kvalificeringssynpunkt under anbudsprövningen.

Anbudsprövningen specificeras i 1 kap 22§ LOU. Den upphandlande enheten har att välja mellan två huvudprinciper vid valet av vilket anbud som skall antas, det ekonomiskt mest fördelaktiga eller det med lägsta priset. Ingen av de båda är att anse som någon huvudregel även om det ekonomiskt mest fördelaktiga är det absolut mest använda. Vad som menas med detta är att den upphandlande enheten gör en bedömning utifrån flera aspekter. Vilka kriterier som den upphandlande enheten beslutar sig för att använda beror på vad som upphandlas men det är viktigt att dessa står i samklang med 1 kap 4§ LOU, det vill säga kravet på affärsmässighet och proportionalitet. Det kan förutom pris röra sig om hållbarhet, leveranstid, driftskostnader, service, funktion med mera. När enheten beslutar sig för att anbudet skall provas enligt principen om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet är det viktigt att kriterierna finns med i förfrågningsunderlaget som ovan beskrivits. Den upphandlande enheten får inte avvika från de uppställda skall-kraven därför det skulle innebära en diskriminering mot de leverantörer som avstått från att delta i upphandlingen på grund av att de inte uppfyllde just detta krav.

Om den upphandlande enheten i stället valt att göra utvärderingen av anbudet enligt principen lägsta pris är det endast priset som får ligga till grund för prövningen av de

⁷² SFS 1998:78

leverantörer vars anbud i övrigt uppfyller samtliga kvalificeringskrav. Denna utvärderingsform används i stort sett endast vid upphandling av standardprodukter eller tjänster såsom till exempel salt och olja där alla produkter är identiska oavsett härkomst.

I vissa fall kan en leverantör som klarat kvalificeringen inkomma med ett anbud som för den upphandlande enheten har ett orimligt lågt pris. I dessa fall finns en möjlighet, men inte krav, för enheten att förkasta anbudet. I 1 kap 23§ LOU stadgas att detta får göras endast om enheten skriftligen begärt en förklaring till varför anbudet har så lågt pris som det gör och inte fått ett tillfredställande svar. Hänsyn får tas endast till förklaringar som kan godtas på objektiva grunder såsom till exempel låga produktionskostnader. Ofta torde orimligt låga anbud bero på att anbudsgivaren missuppfattat förfrågningsunderlaget men det kan också finnas fullt acceptabla förklaringar såsom att leverantören har lagervaror eller överkapacitet. Vidare kan leverantören nyligen ha tillverkat en likadan produkt så att konstruktionen redan är klar. En annan orsak kan vara att anbudsgivaren har statsstöd, trots att detta i vissa fall inte är tillåtet enligt artikel 87 Romfördraget är det inte i sig grund för att förkasta ett anbud.

NOU har i ett ärende uttalat att den upphandlande enheten är tvungen att begära en förklaring till varför ett anbud är orimligt lågt även om enheten själva kontrollerat uppgifter i register och själva kommit till en förklaring på det låga priset som ej är tillfredställande.⁷⁴ EG-domstolen har i en dom kommit fram till att det inte är förenligt med direktiv bestämmelserna att ha en fast procentsats som bestämmer när ett anbud är orimligt lågt och därför skall förkastas. Det är ett krav att den anbudsgivare vars anbud skall förkastas får en chans att förklara sig.⁷⁵ Slutsatsen är att varje anbud som skall förkastas skall föregås av en skriftlig begäran om förklaring. Varken direktiven eller LOU svarar på frågan huruvida förklaringen skall vara skriftlig eller ej, men det torde vara så, därför anbudsgivaren då har en bättre ställning mot den upphandlande enheten ur bevissynpunkt.

Vid prövning av anbuden enligt principen om det mest fördelaktiga anbudet får den upphandlande enheten även pröva anbud som innehåller ett alternativt utförande, om det uppfyller de minimikrav som enheten ställt upp i förfrågningsunderlaget. Den upphandlande enheten får endast anta alternativa utföranden om det angetts i förfrågningsunderlaget att så

⁷³ C-359/93 (Kommissionen mot Nederländerna)

⁷⁴ Sammanställning NOU info 1996, s47

⁷⁵ C-103/88 (Fratelli Costanzo SpA mot Commune di Milano)

kan ske.

Den upphandlande enheten får inte heller dra ifrån eller lägga till några kriterier i prövningen under upphandlingens gång. Av naturliga skäl måste dock viss komplettering och förändring gentemot de uppställda kraven tillåtas när LOU tillåter att den upphandlande enheten förhandlar med anbudsgivare, men det får inte röra sig om sådana väsentliga förändringar av kriterierna att det förändrar föremålet för upphandlingen. Det får alltså inte vara frågan om så stora förändringar att de krav uppställda i kravspecifikationen i förfrågningsunderlaget ändras, detta skulle innebära ett brott mot lika- behandlings principen.⁷⁶ Om en enhet vill ändra inriktningen på upphandlingen skall upphandlingen avbrytas och göras om. Det samma gäller förhandlingar med den vinnande leverantören efter det att hans anbud har antagits. Detta har kommissionen påpekat för Rikspolisstyrelsen då dessa efter att leverantör valts inledde förhandlingar med denne, vilka ledde till att Rikspolisstyrelsen accepterade en sämre kvalitet på varan än den i förfrågningsunderlaget specificerade.⁷⁷ Kommissionen har i Grönboken specificerat ett par situationer där det skall anses vara så väsentliga förändringar att upphandlingen skall göras om, exempel på detta är att platsen för en byggnation ändras.⁷⁸

4.6 Avslutande kommentarer

Syftet med allt det i kapitlet beskrivna är det samma oavsett om det rör kraven på leverantören eller kraven på det som upphandlas. Syftet är en likabehandling och icke-diskriminering vilket i bedömningen skall leda till att samtliga leverantörer på marknaden skall ha samma chans att vinna ett kontrakt med den upphandlande enheten. Lagen är mycket detaljreglerad vilket försvårar att godtycke förekommer när ett förfrågningsunderlag sammanställs och skickas ut.

Det är viktigt för den upphandlande enheten att skilja på de krav som ställs på leverantören och den anbudsprövning som skall ske. Detta framgår klart och tydligt i Beentjesdomen och det har dessutom ytterligare förstärkts genom att det i 1 kap 20a§ LOU stadgas om skillnaden mellan dessa prövningar vid upphandling inom de klassiska sektorerna. Denna paragraf

⁷⁶ C-243/89 (Storebaelt)

⁷⁷ EUFI 97/3121

⁷⁸ Grönboken, s12

tillkom efter det att kommissionen påpekat att många enheter inte gör denna skillnad.⁷⁹ I Beentjesdomen påpekar dock domstolen att de två prövningarna kan göras samtidigt vid öppen upphandling men att de två prövningarna styrs av olika regler. Kommissionen har i det ovan nämnda förfarandet mot Rikspolisstyrelsen påtalat att denna enhet har blandat ihop kvalifikations och utvärderingskriterierna. En ihopblandning av dessa innebär att förutsebarheten minskar och ett fel begåtts, vilket kan leda till rättsliga påföljder enligt 7 kap LOU. Först skall leverantörerna bedömas och de som ej håller måttet ur kvalifikationssynpunkt utsorteras. Efter detta skall leverantörernas anbud bedömas efter den mall som satts i förfrågningsunderlaget, vilken vilar på principerna i 1 kap 4§ och 1 kap 22§ LOU.

Om man jämför den offentliga upphandlingen med den som sker i de privata företagen så kan man säga att den prövning och de krav LOU tvingar de offentliga organen till ersätter vinstintresset som de privata organen har inbyggt i sin organisation. Lagen ger legitimitet till de offentliga organens inköpsbeslut och detta förstärks genom rättsmedlen, som ger en förfördelad leverantör rätt till prövning av kriterierna och beslutet.

⁷⁹ Grönboken, s11

5 Skillnader mellan upphandling över och under tröskelvärdena

5.1 Inledning

Den europeiska gemenskapen har valt att bara reglera vissa upphandlingar, resten har de lämnat till de nationella organen att reglera själva. Vilka som regleras genom gemenskapsrätt bestäms först och främst av tröskelvärdena men även vissa andra upphandlingar är undantagna från reglering av gemenskapsrätten. Det rör bland annat de så kallade B-tjänsterna som specificeras i en bilaga till LOU. Sverige har valt att reglera all offentlig upphandling i samma lag, det vill säga LOU, därför att det finns ett egenvärde i detta och att det är samma organ som skall tillämpa reglerna både över och under tröskelvärdena.⁸⁰ Offentlig upphandling under tröskelvärdena regleras i 6 kap LOU.

Även om offentlig upphandling över tröskelvärdena är detaljreglerade av direktiv så betyder inte detta att offentliga upphandlingar under tröskelvärdena, för vilka 6 kapitlet LOU är tillämpligt, helt är oberörda av EG-rätten. EG-rätten har företräde framför nationell lagstiftning⁸¹ och i konsekvens av detta är huvudregeln att nationell lagstiftning är underkastad EG-rätten. Detta leder till att upphandling över och under tröskelvärdena styrs av samma grundläggande artiklar i Romfördraget. Skillnaden ligger i att detaljerna hur en upphandling under tröskelvärdena skall gå till har lämnats till den nationella lagstiftaren att själv bestämma. Det finns till exempel ingen möjlighet för Sverige att anta regler om upphandling under tröskelvärdena som skulle diskriminera utländska aktörer, då detta skulle vara ett brott mot Romfördragets artikel 28. Även om det första intrycket som ges är att Sverige själv kan styra hur upphandlingen under tröskelvärdena skall gå till rör detta endast detaljer, grunden är ändå lagd i EG-rätten. Det är alltså fullt möjligt för en medlemsstat att inte ha någon som helst lagstiftning om denna upphandling och endast låta den styras av de grundläggande principerna i Romfördraget. Kommissionen har dock i Grönboken pekat på vikten att medlemsländerna antar regler för upphandling under tröskelvärdena då dessa upphandlingar totalt sett rör stora summor och dessa upphandlingar är viktiga för små och

⁸⁰ Prop 93/94:78 s15

⁸¹ 106/77 (Simmenthal)

medelstora företag, vilka har en underlägsenhet gentemot stora företag.⁸²

Sverige har alltså valt att göra upphandlingen under tröskelvärdena så lik den som sker över tröskelvärden som möjligt. Men eftersom det, i de fall 6 kapitlet är tillämpligt, ofta rör sig om små summor har viss reglering bortfallit för att minska transaktionskostnaderna. Den största skillnaden ligger i hur aktiv den upphandlande enheten måste vara för att offentliggöra sitt beslut att upphandla en vara eller tjänst.

5.2 När är sjätte kapitlet LOU tillämpligt?

Regler om den offentliga upphandlingen som inte är reglerad i specialkapitlen 2 till 5 regleras i 6 kapitlet. Som tidigare sagts finns det vissa undantag, i fråga om kategorier av gods och tjänster, där LOU inte alls är tillämplig och dessa kategorier är då även undantagna från upphandling enligt 6 kapitlet. Exempel på sådana är bland annat hyra av fast egendom enligt 5 kap 1§ och upphandlingar som rör vissa ensamrätter. Det som i huvudsak faller under 6 kapitlet är upphandlingar som normalt regleras i 2-5 kapitlet men som är av ett värde som underskrider tröskelvärdena, samt de så kallade B-tjänsterna som oavsett värde regleras i 6 kapitlet.⁸³ B-tjänster består typiskt sett av tjänster som passar mindre bra till att upphandlas på den gemensamma marknaden då de till viss del är geografiskt bundna. Tjänster som varken specificeras som A-tjänst eller B-tjänst anses vara en B-tjänst.⁸⁴ Dessutom regleras upphandling som inbegriper sekretess till skydd för rikets säkerhet samt upphandling av försvarsprodukter utan civil användning i 6 kap LOU.

För upphandlingar som regleras i 6 kapitlet gäller samma huvudregler som vid annan upphandling. I 6 kap 1§ 2st LOU stadgas att 1 kap 1-6§ LOU även är tillämpligt vid denna typ av upphandling och även här är regeln om affärsmässighet i 1 kap 4§ LOU viktigast. När det gäller upphandling av B-tjänster som överskrider tröskelvärdena är ytterligare regler i 1 kap LOU tillämpliga, bland annat regler om tekniska specifikationer, samt ytterligare ett par regler i andra kapitel.

⁸² Grönboken, s12

⁸³ Se dock 5:16 LOU att vissa ytterligare regler är tillämpliga vid B-tjänster över tröskelvärdena.

⁸⁴ Se bilaga till LOU där dessa specificeras.

5.3 Upphandlings formerna

Vid upphandling enligt 6 kapitlet är huvudregeln att den ska ske genom förenklad upphandling vilket innebär en lättnad i de formella reglerna jämfört med övrig upphandling. Enheten kan själv välja hur den skall kungöra sitt beslut att genomföra upphandling, något krav på att annonsera finns ej. Den upphandlande enheten kan till och med själv bestämma vilka som skall bjudas in till att lämna anbud genom en begränsad skrivelse. Enheten har dock enligt 6 kap 6§ LOU alltid att beakta huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap 4§ LOU, vilket innebär att de måste se till att antalet inkomna anbud är så stort att ett val kan göras på affärsmässiga grunder. Men ingen leverantör kan nekas att få vara med och den upphandlande enheten är skyldig att på begäran utge förfrågningsunderlaget. Den möjlighet till selektering av leverantörer som finns för upphandlingar över tröskelvärdena är inte tillåten vilket i vissa fall gör hela upphandlingen mycket svårhanterlig på grund av att mängden av leverantörer kan bli enorm, det finns dock uppfattningar att möjlighet till prekvalificering borde införas.⁸⁵ Ett krav är att hela upphandlingen sker skriftligt.

Om den upphandlande enheten bestämmer sig för att annonsera (vilket inte är så vanligt) så gäller i stort sett samma principiella regler som vid annan annonsering, det vill säga annonsen skall vara icke-diskriminerande, likabehandlande och ta hänsyn till regeln om affärsmässighet i 1 kap 4§ LOU. Valet av media gör den upphandlande enheten själv. Det finns dock inget hinder för att annonsera en upphandling under tröskelvärdena i EGT/TED.⁸⁶ Även förfrågningsunderlaget skall följa samma grundläggande regler. Lagstiftningen nämner bara det viktiga i att inte göra beskrivningen på så sätt att den pekar ut endast en möjlig produkt eller nämna en viss produkt vid namn.⁸⁷

Den upphandlande enheten skall ge leverantörerna en skälig anbudstid, vad detta skall anses vara skall bestämmas av förutsättningarna för upphandlingen, dess komplexitet, behov av kontakter med underleverantörer och dessutom av förestående helgdagar.⁸⁸ I ett mål har tre veckor ej ansetts tillräckligt⁸⁹ medan i ett annat fall har 15 dagar ansetts fullt tillräckligt.⁹⁰ Detta visar lite av den spännvidd det finns i begreppet skälig tid anbudstid jämfört med de

⁸⁵ Hentze/Sylvén, s 405

⁸⁶ Sammanställning NOU info 1996, s41

⁸⁷ 6 kap 3§ LOU

⁸⁸ Sammanställning NOU info 1996, s40

⁸⁹ Länsrätten i Stockholm, dom (Ö-4546-94)

övriga upphandlingsformernas strikt bestämda dagantal. Försena anbud får, precis som vid upphandling över tröskelvärdena ej prövas.⁹¹ Den upphandlande enheten får dessutom uppta förhandlingar med en eller flera av anbudsgivarna. Förhandling kan endast upptas på enhetens initiativ, anbudsgivarnas kan aldrig kräva förhandling. Kravet på affärsmässighet i 1 kap 4§ LOU bestämmer hur många anbudsgivare som den upphandlande enheten behöver förhandla med. Förhandlingar kan avse alla avtalsvillkor och vissa anpassningar av förfrågningsunderlaget, men får inte innebära ändringar av de grundläggande kraven i förfrågningsunderlaget. Även om samtliga anbudsgivare skulle få möjlighet att korrigera sina anbud utifrån de nya kraven så skulle detta kunna innebära en diskriminering mot de leverantörer som valt att stå utanför.⁹²

Vid upphandling under tröskelvärdena är huvudregeln förenklad upphandling som beskrivits ovan. I vissa undantagsfall får så kallad direkt upphandling användas. Innebörden är att inköp sker utan något som helst formellt förfarande föregår avtalet. Tanken bakom detta är att de riktigt små inköpen helt skall undantas från upphandlingsförfaranden, då krav på upphandling skulle leda till för höga transaktionskostnader i förhållande till värdet av det som upphandlas. När det gäller denna form av upphandling innebär inte LOU någon ändring i sak från tidigare regelsystem.⁹³ Användningsområdet är enligt lagen begränsat till de tillfällen det rör sig om upphandlingar av ringa värde eller synnerliga skäl finns.

Regeln skall dock inte tolkas så att skriftligt anbud inte skall inhämtas utom möjligen med undantag av ”rakt över disk köp” vid synnerligen låga summor. Bara för att den direktupphandlingsmetoden används innebär inte det man kan bortse från regeln 1 kap 4§ LOU om affärsmässighet och självklart skall man sträva efter att göra prisjämförelser.⁹⁴

Vart går då gränsen i värde mellan förfarandena direktupphandling och förenklad upphandling? Svaret är beroende på den upphandlande enhetens verksamhet. Men enligt NOU är en riktlinje ett basbelopp för varor och tjänster och två basbelopp för intellektuella konsult tjänster. Dessutom gäller regeln endast vid enstaka upphandlingar, är det frågan om återkommande upphandlingar under året är det inte möjligt att gång på gång inhandla en liten

⁹⁰ Länsrätten i Blekinge, Beslut (9296-E)

⁹¹ 6 kap 11§ LOU

⁹² Hentze/Sylvén, s 405f

⁹³ Prop 93/94:78 s22

⁹⁴ Sammanställning NOU Info 93-95, s56f

kvantitet och på så vis kringgå LOU. Det riktiga förfarandet är i så fall att upphandla ett ramavtal genom till exempel förenklad upphandling. I LOU uppmanas enheterna att fastställa riktlinjer avseende direkt upphandling, dessa riktlinjer bör då bestämma vilka belopp och vilka varor eller tjänster som får direktupphandlas samt vem som får besluta om ett sådant förfarande. Riktlinjerna bör även innehålla bestämmelser om rutiner vid direktupphandling.⁹⁵

Direktupphandling får även tillämpas om det finns synnerliga skäl. Som synnerliga skäl räknas brådska, men denna brådska får inte varit förutsebar eller orsakats av den upphandlande enheten själv. Det rör sig om rena nödsituationer, då till exempel ett hustak blåst av, och en snabb upphandling innebär att stora skador eller kostnader kan undvikas. Det är aldrig meningen att förenklad upphandling skall tillgripas vid dålig planering av myndigheten.⁹⁶ Vissa andra situationer kan falla in under kravet på synnerliga skäl såsom inköp på auktion, till exempel en specifik tavla till ett museum, eller inköp väsentligen under marknadsvärde, till exempel vid konkurs utförsäljning. I fallet med tavlan finns det ju bara den tavlan (förhoppningsvis) och det är ju då ganska självklart att den får inhandlas men i fallet med konkurs är det viktigt att det faktiskt rör sig om ett pris som är så väsentligt under marknadsvärdet att ingen annan aktör skulle kunna erbjuda varorna till ett bättre pris.

Vid upphandling över tröskelvärdena finns också undantag för hur den upphandlande enheten skall agera vid synnerlig brådska. Detta innebär att den upphandlande enheten kan genomföra en förhandlad upphandling utan föregående annonsering. Enheten skall dock annonsera efteråt. Det torde vara mer sällsynt fall då tröskelvärdena gör att det rör sig om betydande summor vilka typiskt sett inte hamnar i kategorin nödsituationer.

5.4 Krav som den upphandlande enheten kan ställa under tröskelvärdena

Vilka krav den upphandlande enheten kan ställa på leverantören behandlas i 6 kap 9§ LOU och har sin motsvarighet i reglerna för upphandling över tröskelvärdena i 1 kap 17-18§ LOU. En direkt skillnad är att 6 kapitlet saknar lagstöd för att begära in uppgifter om en leverantörs tekniska förmåga och kapacitet samt om hans ekonomiska ställning. Det kan dock förutsättas att en sådan rätt finns för att en kvalificering av leverantörerna skall vara möjlig. Frånvaron av

⁹⁵ Sammanställning NOU Info 93-95, s58

⁹⁶ Sammanställning NOU Info 93-95 s57

regeln hindrar inte enheten att även undersöka sådana förhållanden eftersom ”det torde ligga i ett affärsmässigt beteende att undersöka att den som säger sig kunna leverera också verkligen är i stånd att göra det”⁹⁷

Det är också i detta fall, precis som med de uteslutningsgrunder som en enhet kan använda över tröskelvärdena, inte frågan om obligatorisk uteslutning utan om en möjlighet som den upphandlande enheten har om den önskar. Uteslutningsgrunderna är de samma som listats ovan med skillnad att i punkt 5 hänvisas endast till svenska obetalda skatter och avgifter och inte till hemlandet. I de fall 6 kapitlet 9§ LOU har överprövats i förvaltningsdomstol har det rört sig om att vissa krav ansetts diskriminerande.

Den information som behövs för att kontrollera ovanstående uppgifter kan antingen den upphandlande enheten själv begära in av de relevanta administrativa myndigheterna eller kräva in dessa av leverantören. Begär enheten att leverantören skall lämna uppgifterna är det krav på att det i förfrågningsunderlaget, annonsen eller skrivelsen anges på vilket sätt uppgifterna kan lämnas. Skaffar enheten själv in uppgifterna finns det färdiga blanketter att använda.⁹⁸

Dessutom innehåller 6 kap 9§ 3st LOU en regel som säger att den upphandlande enheten inte får anta ett anbud innan enheten kontrollerat att leverantören:

1. är registrerad i aktiebolags-, handels-, eller föreningsregistret
2. är registrerad för redovisning och inbetalning av mervärdesskatt, innehållen preliminär A-skatt och arbetsgivaravgifter.
3. fri från skulder för svenska skatter och socialavgifter.

Uppgifterna skall kontrolleras om ”det inte är onödigt” vilket ger en viss flexibilitet, har enheten nyligen kontrollerat eller vet enheten på annat sätt om att allt står rätt till behöver den inte göra det igen. Har enheten vägrundad anledning att uppfatta en leverantör som skötsam behöver inte denne inte kontrolleras i fråga om obetalda skatter och avgifter.⁹⁹ Det torde även gälla de andra kategorierna när den upphandlande enheten har antagit ett anbud från svenska

⁹⁷ Nord, kommentar till Karnov band 2, 1998, s1428

⁹⁸ ”Begäran om upplysningar vid upphandling”, RSV 4820 utgåva 8

⁹⁹ Hentze/Sylvén, s 430

välrenommerade storföretag, typ Volvo och Saab. Den upphandlande enheten måste även kontrollera utländska leverantörer. Enligt lika- behandlingsprincipen måste sannolikt samma krav ställas på utländska leverantörer.

Var denna kontroll faller in rent systematiskt är svårt att avgöra, paragrafens första stycke anger på vilka grunder en upphandlande enhet ”får” förkasta en leverantör medan det i femte stycket stadgas om en obligatorisk kontroll. I paragrafen antyds det att prövningen skall göras efter prövningen av anbudet. Skulle den upphandlande enheten först pröva anbudet och sedan kontrollera de ovanstående kraven kan detta innebära att enheten, om resultaten av prövningen är dåliga, får börja om. Mycket talar i stället för att detta är frågan om en obligatorisk kontroll, vilket det finns stöd för i 6 kap 11§ LOU, eftersom det i texten framgår att det är frågan om ett kvalificeringskrav och då en prövning innan själva anbudet provas. Trots detta gäller det att komma ihåg att det inte frågan om obligatoriska uteslutningsgrunder när det gäller skatt, avgifter och registrering för skatter (punkt 2 och 3 ovan), utan huruvida anbud skall antas eller inte skall bedömas affärsmässigt.

När det gäller den kontroll av bolags/förenings registreringen är det dock fråga om en obligatorisk uteslutningsgrund. I 6 kap 10§ LOU finns en regel som innebär ett absolut krav på att den upphandlande enheten inte får anta ett anbud från någon som inte är registrerad i dessa register när ett sådant registreringskrav finns. Orsaken till detta är först och främst fiskal, men också för att de skötsamma leverantörer som betalar avgifter och skatter ej utsätts för ojuste konkurrens. Här visar sig problemet avseende om denna prövning som nämnts i stycket ovan än tydligare, systematiken i 6 kapitlet 9-11§ LOU är mycket otillfredsställande och för att göra reglerna mer lätt tolkade bör de göras om.

5.5 Utvärderingen av anbudet

Utvärderingen av de, från kvalificerade leverantörer, inkomna anbudet görs enligt 6 kap 12§ LOU vilket i princip inte skiljer sig från den bedömning som görs över tröskelvärdena. Samma grundläggande principer som återfinns i 1 kapitlet 4§ gäller även för utvärdering av anbudet under tröskelvärdena och principerna för utvärdering är identiska med de i 1 kap 22§ LOU.

6 Icke-ekonomiska krav

När LOU är tillämplig är ju som nu bekant huvudregeln den att upphandling skall ske affärsmässigt. Detta innebär att det anbud som är mest fördelaktigt ur den upphandlande enhetens ekonomiska perspektiv är det som skall antas. Den upphandlande enheten har då att välja mellan två urvalsmöjligheter, antingen det ekonomiskt mest fördelaktigt eller det med lägsta pris. Vid bedömningen av vad som är det mest ekonomiskt fördelaktiga kan många variabler användas såsom, totalkostnad, garanti, service och så vidare. Även vissa kvalificeringskrav innebär en bedömning av leverantörens ekonomi och kapacitet. Det är dock viktigt att information om vilka dessa är når ut.

Ibland kan den upphandlande enheten ha en önskan om att ställa krav som inte är ekonomiska eller i vart fall är på gränsen till att inte vara ekonomiska. Det kan också röra sig om att den upphandlande enheten vid bedömningen av vilket anbud som skall antas vill ta hänsyn till andra saker än ekonomiska. Den upphandlande enheten är ju som huvudregel ett offentligt organ som har många målsättningar att uppfylla vilka inte är i linje med varandra, det offentliga organet är till exempel inte vinstdrivande. Den upphandlande enheten kan därför vara lockad att genom den offentliga upphandlingen försöka uppfylla andra målsättningar än den som LOU pekar ut, det vill säga att hålla kostnaderna för inköp så låga som möjligt och skapa en rättvis konkurrens på marknaden.

Det är en uttalad politisk målsättning att Sverige och till viss del EU, skall bli ett ekologiskt samhälle som minskar förbrukningen av jordens resurser och minskar föroreningarna. I Sverige märks detta inom alla delar av samhällslivet, miljöförbättrande åtgärder har stort stöd hos allmänheten både när det gäller små och stora saker. Genom ett aktivt politiskt arbete har allmänheten påverkats att som konsumenter kräva mer miljöanpassade varor och tjänster men strängare lagstiftning har också hjälpt till. Företagen vars huvudsakliga uppgift är att ge vinst har också blivit mer miljömedvetna både på lång och kort sikt då detta har blivit lönsamt. När det gäller offentliga organ ser bilden annorlunda ut då det inte finns någon direkt vinst för dem att vara miljöanpassade då de ofta innehar monopol inom sitt verksamhetsområde. Ett offentligt organ har alltså inte en måttstock på hur deras konsumenter uppfattar ”produkten” då det inte finns någon valmöjlighet. Offentliga organ vill ändå bli mer miljöanpassade då de som en del av hela den offentliga sektorn har i uppgift att uppfylla statens (det vill säga

väljarnas) målsättningar och önskningar.

Det är inte bara ökad miljövänlighet som kan vara en sådan här målsättning, även sociala målsättningar kan vara saker som den upphandlande enheten vill väga in i sitt upphandlings beslut. Ett offentligt organ, som till exempel en kommun, kan vilja värna om sina egna medborgare genom att se till att de har arbete. Detta skulle kommunen kunna uppnå genom att gynna lokala entreprenörer. Andra sociala hänsyn som ett offentligt organ skulle vilja väga in i upphandlingen kan röra jämlikhet och arbetsvillkor.

Eftersom den offentliga upphandlingen uppgår till stora belopp på årlig basis utgör de upphandlingsbeslut som tas en stor maktfaktor när det gäller i vilken riktning marknaden skall påverkas. Frågan är vilken möjlighet LOU ger den upphandlande enheten att göra sådana beslut?

7 Begreppet Miljökrav samt EU och WTO's syn på miljön

7.1 Begreppet miljökrav

Som ovan nämnts har miljöanpassning blivit viktigare i dagens samhälle. Ordet miljövänligt har blivit allt mer utnyttjat för att beskriva något positivt när det gäller konsumtion och inköp. Den rent språkliga analysen av ordet leder oss till att tro att det är fråga om något som är positivt för miljön, det vill säga att den totala miljöpåverkan av produkten eller tjänsten är noll eller gör miljön bättre. Få eller rättare sagt inga varor och tjänster kan anses uppfylla detta kriterium och därför har marknadsdomstolen kommit fram till att ordet miljövänlig i reklam är att anses som vilseledande. Det rätta ordet att använda är istället ”miljöanpassad” eller ”skonsam för miljön”. Den rätta tolkningen av detta är att det rör sig om en tjänst eller vara som relativt sett är mer miljöanpassad än genomsnittet av produkter i samma fack. Med detta menas alltså att varan ger upphov till minst eller mindre miljöpåverkan i förhållande till andra varor med samma funktion. Den ständiga utvecklingen gör att vad som är att anse som miljöanpassat idag inte behöver vara det imorgon, gränsen sätts av den genomsnittliga miljöpåverkan av likvärdiga produkter.¹⁰⁰

Trots detta är ordet ändå inte begreppsmässigt klarlagt. Vad som gör en produkt miljöanpassad är mångfacetterad därför att bedömningen kan göras på olika sätt. I en dansk rapport har begreppet definierats som:

”Med gröna inköp menas inköp, där det tillmäts betydelse att hänsyn tas till det kretslopp som råvaror och material genomgår med målsättningen att minska miljöbelastningen och begränsa slöseri av naturresurser i mesta möjliga mån.”¹⁰¹

Vad som kan tillmätas betydelse är till exempel:

1. Upphov till minst förorening eller slöseri av material och energimässiga resurser under råvaruutvinning, framställning, transport, distribution och användning.
2. Att livslängden är lång eller optimal.

¹⁰⁰ Naturvårdsverket, rapport 4508, Offentlig upphandling med miljöhänsyn, 1995, s 5

3. Hur stor del av produkten som efter användning kan återanvändas eller återvinnas.
4. Hur produkten som avfall ger upphov till förorening eller annan miljöbelastning.

Andra bedömningsgrunder finns men det är viktigt att poängtera att det inte bara tillverkningen och användningen som har påverkan på miljön. Även avfalls och återvinnings frågorna är viktiga både ur ekonomisk och ekologisk synvinkel. En viktig sak att alltid ha i åtanke när man ser till miljö och produkter är att det i slutänden alltid är konsumenten av produkten som bestämmer dess utformning och då även vilka miljökrav den skall uppfylla.

7.2 EU och miljöfrågor

Den grundläggande utgångspunkten för EU har sedan starten med kol och stålunionen varit att skapa en tullunion där handel mellan medlemsländerna inte skall hindras av tullar och fiskala handelshinder. I art 12 romfördraget finns ett förbud mot tullar mellan medlemsstaterna men det finns även andra regler som kan hindra att samhandeln mellan medlemsstaterna störs. Den grundläggande regeln om detta återfinns i Romfördragets art 28-29 där det stadgas att kvantitativa import och exportrestriktioner och åtgärder med motsvarande verkan är förbjudna. Åtgärder med motsvarande verkan har av EG-domstolen i målet Dassonville¹⁰² getts en vid tolkning. Domstolen uttalade att alla medlemsstaternas bestämmelser som direkt, indirekt, faktiskt eller potentiellt, kan hindra handeln utgör åtgärder med motsvarande verkan. Huvudregeln är alltså att begränsningar som en medlemsstat inför i sin lagstiftning i huvudregel är förbjudna. Kommissionen har använt denna artikel som sitt främsta verktyg att undanröja tekniska handelshinder som beror på nationella föreskrifter. Problemet är att många nationella föreskrifter är motiverade av starka sakliga skäl, trots att de har viss handelshindrande effekt. Bland dessa kan miljöregler återfinnas, en avvägning måste därför göras mellan frihandel och skyddsvärda regler.

I artikel 30 Romfördraget stadgas om undantag där det kan vara tillåtet att införa begränsningar, domstolen har funnit att denna regel är uttömmande och skall tolkas

¹⁰¹ Handlingsplan för en offentlig ”grön” inköbspolitik, Miljøstyrelsen og Energistyrelsen, Danmark 1994, www.mst.dk

¹⁰² 8/74 (Dassonville)

restriktivt.¹⁰³ Denna regel räknar upp ett antal allmänna hänsyn som gör hindrande åtgärder godtagbara, förutsatt att de inte utgör medel för godtycklig diskriminering eller innefattar en förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna. De för miljön intressanta är bland annat skydd för människors och djurs hälsa och liv samt bevarande av växter. Två krav för att kunna åberopa undantag:

1. det skall föreligga verklig fara
2. åtgärden som vidtas för att möta faran skall vara adekvat och proportionerlig.

När det gäller det första kravet om verklig fara har domstolen varit liberal. En försiktighetsprincip har tillåtits och det räcker att det råder genuin osäkerhet om produkten verkligen är farlig eller inte. Vetenskapligt grundat tvivel på en produkts säkerhet kan rättfärdiga handelshindrande åtgärder.¹⁰⁴ I det andra kravet har domstolen däremot inte visat samma liberala attityd. Detta gör att undantaget inte ofta är tillämpligt på bestämmelser som är till för att skydda miljö och hälsa. I många fall har länder genom att hävda detta undantag försökt införa handelshinder i andra förtäckta syften.¹⁰⁵

I och med den vida tolkningen av art 28-29 och den snäva tolkningen av undantagen i art 34 har det uppkommit ett behov att utöka antalet undantag, utan att rubba de för Unionen viktiga principerna om handelshinder. EG domstolen har löst detta genom att utveckla en sorts säkerhetsventil som kommit att kallas Cassis-doktrinen efter det mål i vilket den skapades, det kända målet Cassis de Dijon.¹⁰⁶ Denna doktrin innebär ett sätt att tillåta indirekt diskriminerande regler som är nödvändiga för att tillgodose tvingande krav. Regeln är inte uttömmande och kan därför användas mer flexibelt. Kraven på nödvändighet och proportionalitet kvarstår självklart.

Detta har påverkat möjligheten att införa nationella regler om miljöskydd och har utvecklats genom praxis. För att en åtgärd skall tillåtas krävs alltså enligt cassis-doktrinen att den är icke-diskriminerande, behövlig och inte onödigt långtgående. I returflaskemålet har domstolen godtagit danska regler som innebär att öl och läskedrycker endast får säljas på

¹⁰³ 229/83 (Leclerc mot Au Ble Vert)

¹⁰⁴ 53/80 (Officier van Justitie v Koninklijke Kaasfabriek Eyssen)

¹⁰⁵ 40/82 (New Castlesjuka)

¹⁰⁶ 120/78 (Cassis de Dijon)

flaska, trots att detta innebär fördelar för inhemska bryggerier.¹⁰⁷ Domstolen har på detta sätt skjutit fram miljöskyddets betydelse genom en vidareutveckling av artikel 36 romfördraget.

På senare år har arbetet med miljöfrågor inom EU intensifierats. Amsterdamfördraget som inarbetats i fördragen innebär ett tecken på en ökad miljömedvetenhet inom EU. Det har inte inneburit några direkta ändringar i faktiska regler som direkt påverkar medlemsstaterna men som programförklaringar och instruktioner till institutionerna har miljöfrågorna fått sin plats i fördraget. Den första viktiga ändringen är att principen om hållbar utveckling har fått sin plats i ingressen till fördraget, i detta fall rör det sig endast om en viljeförklaring från medlemsstaterna och skapar varken några rättigheter eller skyldigheter för dem. Idén om hållbar utveckling har också kommit till uttryck i artikel 2, där unionens mål formuleras, och i artikel 6 där det stadgas att miljöskyddet skall integreras i samtlig gemenskaphetspolitik. Institutionerna har en skyldighet att beakta denna princip och uppfyllandet av denna princip kan bli föremål för prövning av EG-domstolen.

Dessa nya artiklar bekräftar att miljöskydd har blivit en kärnfråga med samma höga status som till exempel frihandel och det innebär att dessa principer skall styra samtliga aktiviteter inom gemenskapen. Medlemsstaterna i sig är dock ej själv bundna av dessa principer. Amsterdamsfördraget största påverkan när det gäller offentlig upphandling ligger kanske i den möjlighet som skapats för medlemsstaterna att sätta press på EG-kommissionen att lägga fram förslag till ändring i direktiven för offentlig upphandling. Amsterdamfördraget i sig har alltså inte betytt någon ändring för den upphandlande enheterna.¹⁰⁸

7.3 WTO och miljöhänsyn

Världshandelsorganisationen, WTO¹⁰⁹ är en organisation som har uppkommit ur samarbetet GATT¹¹⁰. Tanken med organisationen är att gynna möjligheterna för frihandel mellan medlemmarna och minska olika sorters tullar som stör handeln mellan länderna. Eftersom WTO är en organisation med medlemmar både ur I- och U- länder finns en spänning i organisationen när det rör just miljöfrågor. Det är i första hand I-länderna som har ”råd” att föra miljörelaterade frågor på tal i WTO. Ett av de kändaste avgörandena inom GATT rörde

¹⁰⁷ 302/86 (Returflaskemålet)

¹⁰⁸ Rapport om ekologisk hållbar upphandling, NOU, dnr15/98-29, s7

¹⁰⁹ WTO – World Trade Organization

just en miljöfråga. USA ville begränsa importen av tonfisk som var fångad på ett sätt som kostade delfiner livet. Produkten i sig det vill säga själva tonfiskköttet påverkades ej av fångstmetoden. GATTs tvistlösningsmekanism fastslog då att detta var en otillåten importbegränsning då begränsningen innebar att ett land försökte styra ett annat lands miljöpolicy. Det är alltså endast tillåtet att begränsa import av varor från ett annat land om produkten i sig strider mot landets lagstiftning.

Som ovan nämnts har det inom WTO utarbetats ett avtal om offentlig upphandling kallat GPA som både Sverige och EU antagit och därför måste följa. GPA anses implementerat, både i EG-direktiven och i LOU.

7.4 Hjälpmedel som används vid bedömning av en produkts miljöanpassning.

När det gäller miljöanpassning har olika hjälpmedel utformats för att kunna bedöma olika produkter. Eftersom miljöanpassning har blivit en del i marknadsföringen har produkter stor goodwill av att utnyttja dessa. Det gäller vid bedömningen av olika symboler att veta exakt vad de står för, då det på marknaden under de sista åren tillkommit en del oseriösa märkningar som inte har någon betydelse ur miljösynpunkt men som efterliknar en typisk miljömärkning eller standardmärkning.

7.4.1 Positiv miljömärkning

Positiv miljömärkning innebär att en produkt har prövats gentemot andra produkter och visat sig vara en av de bästa inom en viss produktgrupp. Märkningen är frivillig för företagen och de får betala för att på produkten få använda den logotyp som märket har. Det finns alltså i många fall produkter som uppfyller kraven men som inte är märkta. Det är viktigt att komma ihåg att de olika miljömärkningarna har olika bedömningsmallar och ett märke kan inte jämföras med ett annat. Märkena härstammar både från privata och offentliga institutioner.

¹¹⁰ General Agreement on Tariff and Trade



Den nordiska svan märkningen är utarbetad inom det Nordiska rådet som är ett samarbete mellan de nordiska länderna. Svanen förvaltas av SIS, som är det enda nationellt behöriga organet på området miljömärkning.¹¹¹ Ett stort antal produktgrupper finns registrerade och ca 1500 produkter bär detta märket idag. Svansymbolen är lite mer omfattande än de nedan beskrivna märkena då detta förutom miljöhänsyn även i viss utsträckning tar hänsyn till produktens funktion. Kraven på varje produktgrupp uppdateras var tredje år för att följa utvecklingen på området.



EU införde 1992 en förordning om ett gemensamt miljömärkningssystem, EU-blomman, vilken togs i bruk 1995. EU-blomman skall finnas vid sidan av övriga europeiska miljömärkningar. Arbetet med denna symbol har gått trögt och det är få produkter som bär denna symbol. SIS har fått i uppgift att förvalta denna miljömärkning i Sverige. De enda svenska produkterna som är märkta med denna symbol är olika typer av inomhusfärg.



De ovan nämnda miljömärkningarna härstammar från offentliga organ men flertalet av märkningarna som finns på marknaden kommer från privata organisationer, såsom bransch eller intresseorganisationer, som utarbetar kraven för att få märkena. Som exempel kan här nämnas en av de mest kända, den så kallade krav-märkningen, som inriktar sig på att livsmedel skall vara ekologiskt odlade. Ett annat är falken som är Naturskyddsföreningens miljömärke.

Ett märke som uppfattas som en miljömärkning men som inte har något med de övriga att göra är Världsnaturfondens märke. Detta har inget med miljökrav att göra utan det enda det säger till användaren är att företaget skänker pengar till Världsnaturfonden.

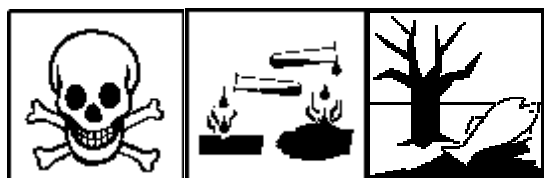
¹¹¹ Standardiseringskommissionen i Sverige.

Det finns ytterligare märken både nationellt och internationellt vars betydelse växlar. Några från utlandet som är värda att nämna är

Energy star Energisparmärkning av datateknik, USA.

Blau Engel Svanen liknande märke men med färre parametrar, Tyskland.

7.4.2 Miljöfarlighetsmärkning



Miljöfarlighetsmärkningen är ett annat begrepp som skulle kunna beskrivas som ett negativt miljömärke, det vill säga det uttrycker hur farligt något är istället för att uttrycka hur bra något är. Produkter som märks med dessa symboler är oftast giftiga eller frätande. Denna märkning är inte frivillig utan föreskrivs i Kemikalieinspektionens föreskrifter om klassificering och märkning av kemiska produkter, vilket gör det lättare att göra en jämförelse mellan de olika tillverkarnas produkter.¹¹² Det finns också krav på att en skriftligförklaring skall medfölja märket.

7.4.3 Livscykelanalyser(LCA)

LCA utgör ett hjälpmedel för att bedöma den totala miljöpåverkan av produkter ”från vaggan till graven”. För detta syfte indelas analysen i fyra faser:

1. Målbeskrivning och omfattning
2. Inventering eller material och energiflödes analys.
3. Miljöverkansbedömning
4. Förbättringsanalys

Basen för denna analys är den funktion man vill studera. Metoden är bra för att få ett grepp om en produkts totala miljöpåverkan och används ofta vid produktutveckling inom industrin. När det gäller upphandling är metoden lite för ingående för att vara ett hjälpmedel eftersom kostnaden blir för hög.

¹¹² KIFS 1994:12, www.kemi.se

7.4.4 Miljövarudeklarationer

Med miljövarudeklarationer menas att produkten åtföljs av en standardiserad, förenklad och lättillgänglig upplysning om produktens miljöpåverkan under dess livstid och hur den skall omhändertas när den tjänat ut. Riktlinjer och samordningsregler är under utarbetande.

7.4.5 CE-märkning

Märkningen tar hänsyn till de viktigaste hälso och säkerhetskraven en produkt måste uppfylla enligt de relevanta EU-direktiven som skall implementeras av medlemsstaterna.. När en produkt väl godkänts i sitt hemland får varan tillträde till hela EES-marknaden. I många fall räcker det att tillverkaren själv intygar att varan uppfyller kraven, så kallad egendeklaration. Vissa direktiv är dock så kallade minimi-direktiv där direktivet endast stipulerar ett minsta skydd, medlemsstaten får ha hårdare krav vilka då krävs för att produkten skall få CE-märkningen. Produkter med CE-märkning kan alltså ha olika standarder.

7.4.6 Ecco Management and Audit Scheme (EMAS)

1993 antogs en ny EU-förordning om miljöstyrning och miljörevision(EMAS)¹¹³. Denna berör i huvudsak tillverkande företag. Sverige införde 1995 en lag om frivillig miljöstyrning och miljörevision.¹¹⁴ Detta innebär i korthet att ett frivilligt register över godkända företag upprättas vilket en gång om året publiceras i Official Journal. För att kunna registreras krävs att företaget:

1. gör en intern miljöutredning.
2. antar en miljöpolicy.
3. gör ett miljöprogram och ett miljöstyrningssystem utifrån den ovan nämnda utredningen.
4. genomför miljörevisioner.
5. låter en extern ackrediterad kontrollant granska företagets miljöarbete
6. lämnar en externt granskad redovisning av miljöarbetet till den register ansvariga enheten samt sprider detta till allmänheten.

¹¹³ EEG 1836/93 av den 29 juni 1993

¹¹⁴ Lag (1994:1596) om frivillig miljöstyrning och miljörevision

EMAS syftar till att främja en frivillig förbättring av industrins miljöarbete inom EU men registreringen i sig är ingen garanti för att företaget säljer miljöanpassade produkter. Vidare gäller det för företagen att följa den nationella miljölagstiftningen vid arbetet med EMAS, olika länder kan ha olika nivå på miljöskyddet. Detta innebär att en leverantör i EU-land som inte valt att EMAS registrera sig mycket väl kan vara tvingade att uppfylla högre krav än en EMAS registrerad leverantör från ett annat land.¹¹⁵

7.4.7 ISO 14000

ISO 14000 är ett miljöledningssystem som arbetar med standarder. Flera standarder finns med olika nummer på 14000 beroende på vad standarden behandlar, till exempel miljöstyrningssystem, miljörevision och miljömärkning. ISO 14001 är ett miljöstyrningssystem där krav som liknar EMAS ställs. Även detta är ett system inriktat på tillverkningsprocessen och därför inte säger något om produktens miljövänlighet.

¹¹⁵ Rapport om ekologisk hållbar upphandling, s13

8 Möjligheten Att ställa miljökrav vid offentlig upphandling

8.1 Inledning

En av huvudreglerna som en upphandlande enhet enligt LOU är tvungna att följa när en upphandling skall genomföras är att de måste skilja mellan kvalificeringsfasen, där leverantören i sig skall bedömas, och utvärderingsfasen, där leverantörens anbud bedöms. Alla krav som ställs inom dessa två faser skall vara kända för leverantören så att han har en möjlighet att agera utifrån dessa. Alla leverantörer på marknaden inom EU skall ha samma möjligheter att lämna ett anbud och ha samma möjligheter att vinna upphandlingen. Vid upphandlingar under tröskelvärdena gäller speciella regler då dessa upphandlingar inte är reglerade i EG-direktiv men ändå är underkastade EU reglerna i stort.

Regler om offentlig upphandling är skrivna utifrån ett rationellt ekonomiskt tänkande där syftet är att maximera nyttan för den upphandlande enheten. När man vill väga in miljöpåverkan i detta resonemanget blir det svårare då miljö och det bästa ekonomiska utfallet inte alltid kommer att svara mot varandra. Frågan kommer då att bli om den upphandlande enheten har rätt att välja ett anbud eller en leverantör som inte har det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet men väl det mest fördelaktiga ur miljösynpunkt.

På grund av samhällets allt mer ökade engagemang för miljöfrågor har dessa frågor fått större betydelse i alla led i samhället. EU har i sitt senaste fördrag, Amsterdam fördraget infört vissa grundläggande principer som skall öka möjligheterna att ta hänsyn till miljön vid lagstiftning inom unionen.¹¹⁶ I Sverige är det en uttalad målsättning att samhället skall bli ett ekologiskt hållbart samhälle.¹¹⁷ Detta har lett till att även de offentliga organen har en önskan att ta ekologisk hänsyn.

För att undersöka möjligheten för ett offentligt organ att ställa miljökrav i sina upphandlingar måste man dels ta hänsyn till vilka olika miljökrav som det är frågan om men också i vilken del av upphandlingen dessa miljökrav spelar in, olika regler och olika lösningar gäller

¹¹⁶ Se till exempel EG-fördraget Art 2

beroende på detta. I detta kapitel undviker jag att ta upp andra mer diffusa miljöfrågor såsom till exempel arbetsmiljöfrågor. Dessa tas upp i kapitel 9 nedan.

8.2 Miljökrav på leverantören

8.2.1 Vad är det för krav som den upphandlande enheten vill ställa?

När den upphandlande enheten är intresserad av att ställa miljökrav på leverantören rör det sig ofta om dennes egen miljöanpassning, det vill säga hur leverantören som företag själv agerar. Typiskt för dessa krav är att det inte finns något direkt samband mellan den miljöpåverkan produkten i sig har och de krav som den upphandlande enheten önskar ställa, vad som här avses är alltså bland annat krav på hur stora utsläpp tillverkningsprocessen av produkten ger upphov till men även leverantörens allmänna agerande när det gäller miljö. Exempel på vad som avses med det sistnämnda kan vara huruvida leverantören har antagit en miljöpolicy eller huruvida leverantörens administrativa avdelningar är miljöanpassade. Inom denna kategori hamnar alltså de ovan nämnda miljöregistreringarna typ EMAS eller ISO 14000 och den möjlighet en upphandlande enhet har att ställa krav på att leverantören är certifierad.

Typiskt sett kan man säga att när den upphandlande enheten önskar ställa dessa miljökrav rör det sig mer om en önskan att agera ”politiskt korrekt” än att faktiskt göra en påvisbar miljöförbättring hos den upphandlande enheten. Det är alltså frågan om den upphandlande enhetens möjlighet att genom sina inköp hjälpa till att styra samhället i stort mot ett mer miljömedvetet agerande genom att gynna de mer miljöanpassade företagen.

Eftersom kraven ovan inte direkt rör produkten som skall upphandlas kommer dessa miljökrav typiskt sett att ställas under kvalificeringsfasen. Det kan alltså röra sig om att den upphandlande enheten kommer att kräva att företaget är EMAS eller ISO 14000 registrerat eller att leverantören kan visa att vissa gränsvärden inte överskrides vid tillverkningen. I Beentjes domen har EG-domstolen fastställt att det vid upphandling inom de klassiska sektorerna är viktigt att kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen skiljs åt, då de styrs av olika regler.¹¹⁸ När den upphandlande enheten önskar ställa krav på tillverkningsprocessen kan detta göras på både i kvalificeringsfasen och i utvärderingsfasen därför kommer detta att

¹¹⁷ Prop 1992/93:180, s 12

behandlas under en egen rubrik nedan.

Reglerna för vilka krav en upphandlande enhet har rätt att ställa på en leverantör under kvalificeringsfasen finns dels i 1 kap 17§ LOU, där uteslutningsgrunderna specificeras men också 1 kap 18§ 2st LOU där det framgår att den upphandlande enheten har rätt att begära in bevis om leverantörens finansiella och ekonomiska ställning samt tekniska förmåga och kapacitet. Det är viktigt att komma ihåg att det inte är tillåtet att ställa större krav på leverantören än vad som erfordras för den enskilda upphandlingen då detta måste anses strida mot proportionalitetsprincipen.

8.2.2 Brott avseende yrkesutövningen och allvarligt fel i yrkesutövningen

När det gäller miljökrav på leverantören och uteslutningsgrunderna i 1 kap 17§ 1st 3-4p LOU skall man först lägga märke till att det rent allmänt i dessa fall endast är möjligt att utesluta en leverantör för ett konstaterat icke-önskvärt beteende som är lagstridigt eller på gränsen till lagstridigt. Det är inte frågan om ett absolut krav att utesluta om någon av punkterna är tillämplig utan som det framgår i lagtexten ”kan” leverantören uteslutas på dessa grunder.

Utdrag ur 1 kap 17§ LOU:

En leverantör kan uteslutas från deltagande i upphandling om han:

- 3) är dömd för brott avseende yrkesutövningen enligt lagakraftvunnen dom.
- 4) har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande enheten kan visa detta.
- 6) i något väsentligt hänseende har låtit bli att lämna begärda upplysningar eller lämnat felaktiga upplysningar som begärts med stöd av denna paragraf eller 18§

Enligt punkten 3 rör det sig om brott avseende yrkesutövningen, detta innebär att ett brott begåtts enligt brottsbalken eller enligt specialstraffrätten. Brottet skall ta omedelbart sikte på leverantörens verksamhet men brottet bör också ha relevans för upphandlingen. I punkten 4 finns inget krav på lagakraftvunnen dom men det är den upphandlande enheten som skall visa att leverantören på ett allvarligt sätt har brustit i sin yrkesutövning. Det rör sig i dessa fall om överträdelse av olika bestämmelser, inklusive etiska regler, som gäller för den bransch leverantören verkar i som är allvarliga men ändå inte består i en brottslig handling.

¹¹⁸ C31/87 (Beentjes)

Tillämpning av punkt 3 är lätt, har till exempel en leverantör begått en handling som är straffbar enligt miljöbalken och dessutom blivit dömd för den är punkten tillämplig.

Vad som avses med allvarligt fel enligt punkten 4 är svårare att definiera men kammarrätten i Stockholm har fastslagit att det är möjligt att tillämpa denna punkt på straffbara miljöbrott även om en lagakraftvunnen dom inte föreligger. I detta fall hade ett företag som sålde dentalprodukter uteslutits från upphandlingen på grund av misstankar om utsläpp av kvicksilver, underlåtenhet att lämna relevanta uppgifter till miljöförvaltningen och att tillståndspliktig verksamhet tidigare hade bedrivits utan tillstånd. Kammarrätten fann att verksamheten hade bedrivits utan lagstadgat tillstånd och att prövning enligt punkt 4 var möjlig. Dock fann kammarrätten inte felet allvarligt bland annat med hänsyn till att företaget numera hade tillstånd för verksamheten.¹¹⁹

När det gäller uteslutning av leverantör på grund av miljöhänsyn enligt punkten 3 och 4 har EG-kommissionen i grönboken pekat på att miljöbrott kan vara grund för uteslutande. I Grönboken 5.41 anger kommissionen:

”Vissa bestämmelser, som finns i alla direktiv, erbjuder en första möjlighet genom att de tillåter uteslutning av entreprenörer som är dömda för brott avseende yrkesutövningen eller som har gjort sig skyldiga till allvarligt fel i denna. Detta gäller givetvis också när brottet eller det allvarliga felet leder till överträdelse av lagstiftning som syftar till att främja arbetsmarknads och socialpolitiska mål. I dessa fall gör sålunda de ovannämnda bestämmelserna det indirekt möjligt för upphandlande enheter att söka nå sociala mål genom att från upphandlingsförfarandet utesluta anbudssökande, som inte skulle ha iakttagit en sådan lagstiftning.” Vidare anger kommissionen i 5.48:

”I första hand, och på samma sätt som för de sociala aspekterna, kan miljöhänsyn tillgodoses genom särskild lagstiftning. Brott mot denna medför att entreprenören döms för brott avseende yrkesutövningen eller att han gjort sig skyldig till allvarligt fel i denna. I dessa fall får upphandlande enheter enligt direktiven utesluta varje entreprenör som gjort sig skyldig till sådana överträdelser.

Enligt 17§ punkten 6 LOU kan en leverantör som avgivit felaktig information avseende

¹¹⁹ Kammarrätten i Stockholm, dom (8647-1996)

uteslutningsgrunderna i 17§ och kvalificeringsinformationen i 18§ 2st uteslutas från upphandlingen. Inget tyder på att detta inte skulle gälla i de fall informationen rör relevant information om miljöskydd.

Slutsatsen blir att brott eller allvarligt fel i yrkesutövningen avseende miljön är grund för uteslutande av leverantör vid upphandling och en striktare lagstiftning på miljöområdet gör att det i större utsträckning är möjligt att utesluta en icke-miljövänlig leverantör.

8.2.3 Kvalificering av leverantör.

Enligt 1 kap 18§ 2st LOU framgår vilka möjligheter en upphandlande enhet har att kräva in uppgifter i övrigt om de leverantörer som har lämnat in anbud till upphandlingen. Det lyder:

”En upphandlande enhet skall i annonsen om upphandling eller inbjudan till anbudsgivning ange vilka bevis den vill ha om en leverantörs *finansiella och ekonomiska ställning samt tekniska förmåga och kapacitet*” (kursiverat av författaren)

Detta är allt som numera finns i lagtexten om vilka uppgifter en upphandlande enhet har rätt att ta hänsyn till vid kvalificeringen av en leverantör. Proportionalitetsprincipen gäller även här, det vill säga leverantören får inte ställa högre krav än vad som är nödvändigt för varje enskild upphandling. Frågan är då, om en upphandlande enhet, i syfte att kvalificera leverantörerna i upphandling, kan kräva att leverantören lämnar uppgifter om hans miljöanpassning eller kräva att leverantören har någon sorts miljöcertifiering av typen EMAS eller ISO 14000?

Frågan om det är möjligt att väga in miljöhänsyn i denna kvalificering har aldrig prövats. EG-domstolen har dock prövat huruvida vissa andra särskilda överväganden varit tillåtna under kvalificeringsfasen. I den tidigare nämnda domen Beentjes behandlades ett krav att de leverantörer som lämnat anbud på en byggentreprenad skulle, om de vann upphandlingen, anställa långtidsarbetslösa enligt en viss kvot för att utföra just denna entreprenad. Som tidigare nämnts konstaterade domstolen att endast de i 1 kap 18§ 2st uppräknade faktorerna var de som den upphandlande enheten fick ta hänsyn till. Domstolen kom dock fram till att detta krav som ställts, varken var ett kvalifikationskrav eller ett utvärderingskrav, det vill säga det hamnade utanför prövningen. Domstolen tillade sedan att för att detta krav skulle

vara tillåtet fick det inte strida mot direktivet eller mot gemenskapsrätten i övrigt.¹²⁰

EG-domstolen berörde samma fråga i ett mål mot Italien och konstaterade även där att det uppställda kravet, att ett visst antal offentliga byggtreprenad skulle tillfalla regionala entreprenörer, varken var ett kvalifikationskrav eller ett utvärderingskrav. Utgången av målet blev dock annorlunda än i Beentjes-målet då bestämmelsen stod i strid med EG-fördraget och därför inte var tillåtet.¹²¹ Av detta kan konstateras att det finns ett visst utrymme att ställa andra krav än just de som direkt nämns i 1 kap 18§ 2st LOU. EG-domstolen har alltså i Beentjes-målet fastställt att de gemenskapsreglerna som gäller för upphandling skall anses vara ram som kan fyllas ut. Kravet för utfyllnad är att detta inte strider mot gemenskapens grundläggande principer. Utifrån Beentjes avgörandet kan man alltså dra den slutsatsen att miljökrav på leverantören är möjliga om:

1. Kravet varken kan anses vara ett kvalificeringskrav eller ett utvärderingskrav.
2. Att det kravet varken strider mot EG-fördraget eller någon bestämmelse i EG-direktiven.

Frågan är då huruvida man såsom ett kvalificeringskrav kan ställa miljökrav? Oavsett grunderna för miljökrav vid offentlig upphandling gäller principerna om icke-diskriminering och proportionalitet som grundläggande villkor. Direktiven om offentlig upphandling har som huvudsyfte att säkerhetsställa den fria rörligheten av varor och tjänster och den fria etableringsrätten. EG-domstolen har dock i andra rättsfall visat att miljöändamål har fått företräde framför dessa grundläggande principer. Ett exempel är det tidigare nämnda flaskmålet, där Danmark tilläts behålla ett förbud mot att inom landet sälja drycker på burk.¹²² Problemet när det gäller miljökrav på leverantören är just proportionaliteten då det är svårt för en upphandlande enhet att visa ett direkt eget intresse för att leverantören på sin hemmaplan uppfyller ett specifikt miljökrav.

Mahmoudi anser att det skulle vara möjligt att ställa ett sådant miljökrav om ett visst, även svagt, samband mellan kravet och föremålet för upphandlingen kan visas och övriga krav på bland annat proportionalitet och icke-diskriminering är uppfyllda.¹²³ NOU är mer

¹²⁰ I detta fall ett för entreprenader tidigare gällande direktiv 71/305/EEG.

¹²¹ C-360/89 (EG-Kommissionen mot Italien)

¹²² 302/86 (Returflaskemålet)

¹²³ Said Mahmoudi, yttrande till Rapport om ekologisk hållbar upphandling, NOU, 15/98-29, s 6

tveksamma och rekommenderar endast att lydelsen av 1 kap 18§ 2st följs.¹²⁴

8.2.4 Krav på EMAS registrering eller motsvarande

Frågan är då om man kan uppställa krav på en leverantör att han skall vara registrerad enligt EMAS eller inneha en ISO 14000 certifiering eller motsvarande? Frågan har även uppmärksammats av EG-kommissionen. I Grönboken ställs frågan:¹²⁵

”Skulle i detta sammanhang införandet i de tekniska specifikationerna , som ingår i en upphandlings allmänna handlingar, av ett miljömärke eller krav på registrering i EMAS såsom ett av kvalifikationskraven, kunna anses som lämpliga åtgärder?”

Problemet med EMAS och i viss mån ISO 14000 är att i dess krav ingår att leverantören skall uppfylla den i sitt hemland gällande miljölagstiftningen. Eftersom mycket av den gemenskapsrättsliga miljölagstiftningen är skriven såsom minimiharmoniseringsdirektiv, vilket innebär att en enskild nation kan ha högre skyddsnivå, kommer leverantörerna i olika länder vara tvungna att uppfylla olika hårda krav för att bli registrerade. En leverantör som inte valt att registrera sig kan därför tvingas uppfylla högre krav än en registrerad leverantör från ett annat land. Dessutom behöver det inte vara så att det finns en koppling mellan ett företags miljöarbete och miljövänligheten för produkten. En fabrikant av gift kan mycket väl vara EMAS registrerad. Det är alltså stor skillnad mellan EU's miljömärkning EU-blomman och en EMAS registrering.

En annan sak är att ännu är det få leverantörer som valt att registrera sig, vilket kan leda till att leverantörer med miljöanpassade varor kan väljas bort till förmån för EMAS registrerade mindre miljöanpassade leverantörer. Detta gynnar större företag i ett fåtal länder där miljökraven är låga, det vill säga där ”kostnaden” för miljövänligheten är låg. Att endast kräva att en registrering finns utan möjlighet för andra att visa att de uppfyller samma krav trots bristen på registrering är direkt diskriminerande och därför ej tillåtet. Förvisso skulle problemet med få registrerade leverantörer vara av övergångskaraktär men det måste ändå beaktas som ett reellt problem om krav på registrering skulle införas idag.

¹²⁴ Rapport om ekologisk hållbar upphandling, s 13

¹²⁵ Grönboken, s43

Det är endast företag verksamma inom EU som kan bli EMAS registrerade vilket leder till en diskriminering av leverantörer utanför gemenskapen. Detta innebär att även om man skulle kunna bortse från diskrimineringen som uppstår på grund registreringens inneboende egenskaper, skulle ändå hänvisningen till något namngett registreringssystem vara diskriminerande.

Möjligheten för den upphandlande enheten att kräva att leverantören innehar en miljöregistrering, som de ser ut idag, är därför inte förenlig med gemenskapsrätten. Mahmoudi anser det dock möjligt att ställa detta krav om EMAS registreringen reviderades och där igenom blev mer liknande ett positivt miljömärke, det vill säga fasta krav och större tillgänglighet för leverantörerna skulle det vara fullt möjligt att ställa dessa krav.¹²⁶

8.3 Miljökrav på produkten i sig

8.3.1 Allmänna miljökrav

När det är fråga om att ställa miljökrav på produkten gäller andra regler än de som ovan nämnts. Om den upphandlande enheten vill ställa miljökrav på produkten görs detta i kravspecifikationen i förfrågningsunderlaget. Därefter sker utvärderingen av leverantörernas anbud. Vilka kriterier den upphandlande enheten får ta hänsyn till i denna utvärdering anges i 1 kap 22§ LOU, som lyder:

”En upphandlande enhet skall anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, eller
2. det anbud som har lägst anbudspris.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, skall enheten ta hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, leveranstid, driftskostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m. Enheten skall i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse. Omständigheterna skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med det viktigaste först.”

¹²⁶ Said Mahmoudi, s 7

Det första som kan konstateras är att det endast är möjligt att ställa miljökrav när den upphandlande enheten har valt att utvärdera anbudet efter punkten 1 ovan, då detta är ett krav för att få ta hänsyn till några andra omständigheter än priset. I lagtexten specificeras sådant som kan vara bedömningskriterier för vilket av anbudet som skulle kunna vara det mest ekonomiskt fördelaktiga. Man bör komma ihåg att listan inte är att anse som uttömmande. Den svenska lagstiftaren har själv valt att sätta in ordet miljöpåverkan i lagtexten. Inget av direktiven som berör upphandling har detta ord som ett möjligt utvärderingskriterium i sina uppräknings- eller möjliga utvärderingskriterier. Att endast använda ordet miljöpåverkan som ett utvärderingskriterium torde inte vara tillräckligt utan detta måste specificeras i kravspecifikationen för att möjliggöra en korrekt anbudsvärdering. Att endast i till exempel förfrågningsunderlaget nämna att produkten som skall upphandlas kommer att bedömas utefter miljöpåverkan är ett brott mot LOU's huvudregler om transparens och likabehandling.

Om man jämför möjligheten att ställa miljökrav på produkten med att ställa sådana krav på leverantören kan man först och främst konstatera att produktkrav ligger den upphandlande enheten närmare. En produkt skall de facto användas av enheten i dess närmiljö och kan därför på ett märkbart sätt påverka den upphandlande enheten på många sätt. Man kan tänka sig flera orsaker till varför en upphandlande enhet kan vilja ställa miljökrav på en produkt eller en tjänst. Ett kan vara den "goodwill"-vinst som den upphandlande enheten får genom att visa sig vara "gröna". Andra orsaker kan vara rent ekonomiska. Ekonomiska aspekter kan ha att göra med kostnader att ta hand om produkten efter sin livslängd eller ökade underhållskostnader på grund av att reservdelar eller förbrukningsvaror är belastade med miljöavgifter.

I grönboken anges att: "I fjärde hand och när det gäller fasen för tilldelning av upphandlingskontrakt, skulle miljöfaktorer kunna spela en roll vid val av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, dock endast om hänvisningen till dessa faktorer för det möjligt att mäta en ekonomisk fördel som är avhängig av den prestation som är föremål för upphandlingen och som direkt tillfaller den upphandlande enheten."¹²⁷

¹²⁷ Grönboken, s 40

Detta uttalande av kommissionen tyder på att det är just de fall där man kan visa en faktisk vinst av att ställa miljökrav som utvärderingskriterium som det är tillåtet att göra detta. Dessutom skall vinsten tillfalla just den upphandlande enheten och inte staten i stort eller någon annan större enhet. Det av kommissionen använda ordet direkt tyder också på att denna vinst skall vara påvisbar och inte på så lång sikt att den inte går att mäta. Denna tolkning av möjligheterna att ställa miljökrav på produkten tycker NOU är den rätta men går inte in på att klara ut vad det av kommissionen gjorda uttalandet egentligen innebär.¹²⁸

För att göra detta måste man först och främst försöka definiera var gränsen för en direkt vinst går. Det ovannämnda exemplet, där en produkt i olika skeden belastas med miljöavgifter till exempel vid destruktion eller inköp av reservdelar, torde vara ett glasklart fall där vinsten är direkt och mätbar. Om en produkt innehåller miljögift så skulle den upphandlande enheten kunna få betala en summa när den i ett senare skede gör sig av med produkten. Även lägre energiförbrukning eller en längre livslängd torde kunna läsas in under denna definition, då den vinst som kan genereras av detta direkt tillfaller den upphandlande enheten. Skillnaden ligger i mätbarheten, en lägre energi förbrukning eller en lång livslängd är inte till 100% säkra vinster eftersom man inte vet vid inköpet av varan om detta är sant eller ej. Förbrukning och livslängd är ju individuella för varje maskin beroende på hur den används. Det är troligt att kommissionen genom sitt uttalande i grönboken vill verka för en grön upphandlingspolitik men ändå inte störa den fria gemensamma marknaden.

För att följa kommissionens uppmaning i grönboken måste den upphandlande enheten först generellt uppskatta den direkt påvisbara ekonomiska fördelen i det miljökrav den vill ställa. Olika tillverkares produkter, det vill säga miljöanpassade produkter kontra icke-miljöanpassade produkter, måste alltså hypotetiskt testas mot varandra för att man i skall få en uppfattning om denna fördel. Att påpeka är att detta sker utan att faktiskt veta vilka anbud som under upphandlingen kommer att komma in till den upphandlande enheten. Man måste komma ihåg att följa grundprinciperna om likabehandling vilket betyder att utvärderingskraven inte får ändras efter det att förfrågningsunderlaget har skickats ut med mindre än att upphandlingen görs om.

När sedan anbudena från de olika leverantörerna kommer in, kan det visa sig att ingen av dessa ger någon direkt påvisbar ekonomisk fördel gentemot den ovan nämnda typiska icke-

¹²⁸ Rapport om ekologisk hållbar upphandling, s 15

miljöanpassade produkten. Den upphandlande enheten har då begått ett fel i sin upphandling och har otillåtet diskriminerat de icke-miljöanpassade fabrikanterna som inte deltog i upphandlingen på grund av det ställda kravet. Den upphandlande enheten har alltså begått ett fel trots att de inkomna anbuden ändå är av den karaktären att de, oavsett vilket av dessa som valdes, skulle ge en allmän miljövinst jämfört med de anbuden från de leverantörer som inte fick vara med. Kommissionens uttalande om påvisbar ekonomisk vinst och miljö är alltså ohållbart, det är nog så att miljövänlighet och en direkt ekonomisk fördel inte i många fall går att kombinera.

Den viktigaste anledningen till att miljöanpassade produkter finns på marknaden i dag beror på att dessa efterfrågas av marknaden. I många fall beror inte denna efterfråga på en direkt påvisbar vinst utan på ett engagemang för miljön. I botten på kedjan, hos konsumenten, är detta det enda som kan förklara varför dessa produkter efterfrågas trots att de typiskt sett har ett högre pris än andra produkter. Att andra företag handlar miljöanpassade produkter kan egentligen endast förklaras med en önskan att skapa sig en ”grön profil” vilket skulle öka attraktionskraften på dessa företags egna produkter. Marknaden är alltså den största orsaken till att miljöanpassade produkter finns. Detta beror inte som sagt på att de olika aktörerna har kalkylerat med en direkt påvisbar ekonomisk fördel utan byggt upp det hela på mycket längre sikt med utgångspunkt i konsumenternas önsknings.

För att den offentliga sektorn skall ha samma möjlighet måste upphandlingsreglerna ge en ökad möjlighet för de upphandlande enheterna att själva bestämma vilket segment av marknaden de vill upphandla på, till exempel det gröna segmentet kontra det vanliga segmentet inom samma område. Detta sker på bekostnad av den helt fria konkurrensen men det är ingen leverantör som är tvingad att fortsätta tillverka produkter som ändå ingen vill ha. Reglerna om offentlig upphandling skall i stället se till att allt går rätt till i valet av leverantör inom segmentet. Det finns ingen anledning att hjälpa leverantörer vars varor ingen vill ha att finnas kvar på marknaden genom att regler finns som tvingar den upphandlande enheten att anta ett anbud från denne. När alla blir miljöanpassade producenter existerar inte problemet längre. Det sista är inte sant eftersom någon alltid måste vara den mest miljöanpassade men vi återkommer till detta senare.

Mahmoudi är också kritisk mot den av NOU fastställda tolkningen av kommissionens

uttalande¹²⁹. Han anför att ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” inte är definierat i direktiven utan bestäms genom en hänvisning till en icke-uttömmande lista av faktorer. På grund av detta finns det utrymme att beakta andra faktorer än de som anges i direktiven avseende upphandling, däribland miljökrav. Detta under förutsättning att det är fråga om ett krav uppställt med ett rent miljöskyddssyfte och inte är frågan om någon godtycklig diskriminering av utländska leverantörer eller att kravet utgör ett förtäckt handelshinder av något slag. Mahmoudi påpekar att EG-domstolen i flera fall satt miljön framför gemenskapens traditionella politik där frihandel varit den mest framträdande principen. Domstolen skulle då kunna göra en teleologisk tolkning av begreppet ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” med tanke på miljöns framträdande plats i Gemenskapens politik idag, speciellt efter Amsterdam fördraget.

8.3.2 Tekniska specifikationer

I vissa fall skulle miljökrav på en vara kunna inkluderas i de tekniska specifikationer som medföljer kravspecifikationen som leverantören får del av i upphandlingen. I 1 kap 12§ LOU återfinns regler som styr hur den upphandlande enheten får använda tekniska specifikationer, denna regel är en implementering av de i direktiven gällande bestämmelserna. Regeln innebär att upphandlande enheter är skyldiga att hänvisa till befintliga europeiska standarder om en sådan finns när den tekniska specifikationen utformas.

Om det finns harmoniserande regler i form av direktiv eller europeiska standarder inom EU, begränsas alltså möjligheten för den upphandlande enheten att själv bestämma hur långtgående specifikationen skall vara. Syftet med dessa regler är att underlätta handel mellan de olika medlemsstaterna då olika nationella standarder kan verka som förtäcka handelshinder. Det finns dock olika nivå på dessa gemensamma standarder, det vill säga om reglerna är utformade som ett total harmoniseringsdirektiv eller som ett minimidirektiv.

I de fall det rör sig om minimidirektiv från gemenskapen är den nationella lagstiftaren tvungen att upprätthålla en viss miniminivå på sin lagstiftning men de nationella reglerna får vara strängare om så önskas. Är det däremot fråga om den andra typen av direktiv är medlemslandet tvunget att exakt följa de givna reglerna, det är varken tillåtet att överskrida

¹²⁹ Said Mahmoudi, s 3

eller underskrida direktivet. Utifrån frihandels synpunkt är det sistnämnda att föredra.

Vid totalharmoniseringsdirektiv kan alltså inte den nationella lagstiftaren ställa några andra miljökrav än de som gemenskapen ställt upp medan när det är fråga om minimidirektiv ges det möjlighet till detta, men det måste poängteras att det är lagstiftaren som har denna rätten, inte den upphandlande enheten. Om den upphandlande enheten vill använda en standard är det alltså inte upp till den enskilde enheten att ändra i dessa utan det är som lägst en fråga på nationell nivå. Möjligheten att öka skyddet av miljön i denna aspekt ligger alltså hos våra folkvalda som på nationell nivå kan arbeta för att miljöskyddet i ytterligare grad integreras i de tekniska specifikationer som är underkastade minimidirektiv samt arbeta för en skärpning av de tekniska specifikationer som är styrda av totalharmoniseringsdirektiv, detta då på gemenskapsnivå.¹³⁰

8.4 Tillverkningsprocessen

8.4.1 Allmänt

När det gäller tillverkningsprocessens miljömässiga relevans i en upphandling kan detta ses ur olika synvinklar. En tillverkningsprocess sker ju oftast långt ifrån den upphandlande enheten och den miljöpåverkan som är direkt anknuten till detta, i form av utsläpp och föroreningar, påverkar ju den upphandlande enheten i mycket liten grad. Den andra aspekten, där tillverkningsprocessen får relevans för miljöfrågor i en offentlig upphandling, är när varan i sig påverkas av tillverkningsprocessen. Vad som menas i detta fall är alltså att varans funktion eller kostnad påverkas av den tillverknings process som föregår användandet. Tillverkningsprocessen kan alltså i en upphandling påverka dels kvalificeringsfasen av en leverantör men också utvärderingen av anbudet. Om en leverantör bryter mot miljölagarna vid tillverkningen kan detta vara grund för uteslutning från upphandlingen enligt 1 kap 17§ LOU.

Det saknas särskilda bestämmelser om tillverkningsprocesser i EG-direktiven om offentlig upphandling. Man får då se till om det finns någon reglering som styr själva tillverkningsprocessen i sig. Det är ovanligt med reglering som riktar sig mot själva

¹³⁰ Rapport om ekologisk hållbar upphandling, s 15

tillverkningsprocessen i sig men det finns reglering om miljöskydd som sin tur påverkar tillverkningsprocessen. Oavsett vilken sorts reglering det är fråga om torde resultatet bli det samma.

Finns det ingen EU reglering alls gäller de allmänna principerna om lika behandling och proportionalitet. Ett krav som ställs på en tillverkningsprocess får alltså inte leda till en godtycklig diskriminering av utländska leverantörer eller till att samhandeln mellan länderna störs mer än vad som är nödvändigt för att uppnå ett effektivt skydd av miljön. Det är dock viktigt att påpeka de svåra praktiska problem att uppfylla dessa krav. Varje litet krav på tillverkarna riskerar att leda till en godtycklig diskriminering av utländska leverantörer då de inte kan ställa om sin produktion för varje enskilt inköp.

Finns EU-reglering kan denna antingen bestå av minimi-direktiv eller totalharmoniseringsdirektiv. I fallen med minimi-direktiv torde den upphandlande enheten i vart fall kunna ställa så höga miljökrav som den upphandlande enhetens egna lagstiftning gör. Men är det fråga om harmoniseringsdirektiv finns det inte fog för att ställa några ytterligare miljökrav, eftersom miljökraven i så fall redan tillgodosetts.¹³¹

Kommissionen har i ett PM till de svenska myndigheterna uttalat sig om frågan om möjligheten att ställa miljökrav på tillverkningsprocessen i en offentlig upphandling:

”Miljökrav är således tillåtna i förhållande till naturen av de varor som är föremål för upphandlingen. Dessa miljökrav får grunda sig på en icke-diskriminerande och objektiv definition av de tekniska specifikationer som begärs. Däremot kan sådana krav inte gälla själva fabrikationsprocessen för varorna som är föremål för upphandlingen.”¹³²

Kommissionen är alltså negativt inställd till möjligheten att ställa miljökrav på tillverkningsprocessen om inte denna påverkar varans funktion eller annat. Detta uttalande kan jämföras med punkt 5.51 i gränboken, där kommissionen uttalar att miljökrav endast får ställas i utvärderingen av anbudet om en ekonomisk fördel som direkt tillfaller den upphandlande enheten kan visas. Kommissionens åsikt om miljökrav kan alltså sammanfattas

¹³¹ Rapport om ekologisk hållbar upphandling, s 16

¹³² Rapport om ekologisk hållbar upphandling, s 16

med att det krävs en direkt fördel för den enskilda upphandlande enheten, dessa två uttalandena måste analyseras i ett sammanhang. Om miljöaspekterna av en tillverkningsprocess påverkar varans karaktär får den upphandlande enheten enligt det ovan citerade uttalandet ställa krav på tillverkningsprocessen, men enligt grönboken måste en ekonomisk fördel för den upphandlande enheten kunna visas för att det skall vara tillåtet att ställa miljökrav på varan. Tillverkningen i sig har alltså ingen egen relevans ur miljösynpunkt enligt kommissionen.

Mahmoudi menar att det inte saknar betydelse för hur en vara producerats. Han motiverar sin åsikt genom att påpeka att ändamålet med miljöskyddet i EG-fördraget och i de olika handlingsprogrammen för miljön är hela gemenskapens miljö och därför är det inte oviktigt att slå vakt om de upphandlande enheternas möjlighet att påverka tillverkningsprocessen oavsett vart denna pågår.¹³³ NOU delar dock kommissionens uppfattning.

8.4.2 GPA

GPA är WTO's upphandlingsregler som EU och Sverige tillträtt. Det rör sig om ett mellanstatligt avtal för att reglera offentlig upphandling på mellanstatlig nivå. Dessa regler har implementerats i gemenskapsrätten genom direktiv 97/52. Avtalet innehåller inte några direkta hänvisningar till miljöskydd men GPA artikel 6:1 lyder:

”Tekniska specifikationer som anger egenskaper hos varor eller tjänster som skall upphandlas, såsom krav avseende kvalitet, prestanda, säkerhet, mått, symboler, terminologi, förpackning, märkning och etikettering, eller i fråga om tillverkningsprocesser och metoder samt krav som hänför sig till förfaranden för prövning av varors överensstämmelse med specifikationer som föreskrivits av upphandlande myndigheter, får ej utarbetas, antas eller tillämpas i syfte att skapa eller ge orsak till onödiga hinder för internationell handel”

Denna beskrivning ger vid handen att GPA skulle tillåta att tillverkningsprocessen inkluderas i kravspecifikationen. Artikel 6:2 förstärker detta intryck:

”Tekniska specifikationer som beslutats av upphandlande enheter skall, där så är lämpligt:
(b) grundas på internationella normer, när sådana finns, och annars på tekniska föreskrifter,

¹³³ Said Mahmoudi, s 5

erkända nationella normer eller byggnadsregler.”

Till denna paragraf följer flera förklaringar som fastställer vad de olika orden betyder och en av dessa definierar vad Tekniska föreskrifter och standarder är:

”I detta avtal är en teknisk föreskrift ett dokument som fastställer egenskaper som varan eller tjänsten eller dithörande processer och produktionsmetoder samt gällande administrativa bestämmelser måste besittas respektive följas”¹³⁴

”I detta avtal är en standard ett dokument som fastställs av ett erkänt organ, och som för allmänt och upprepat bruk anger regler, riktlinjer eller egenskaper hos varor eller tjänster eller dithörande processer och produktionsmetoder som inte oundgängligen måste följas”¹³⁵

Av ovan citerade stycken ur GPA framgår det att man får ta hänsyn till tillverkningsprocessen i den tekniska specifikationen. Detta öppnar vägen för möjligheten att ställa vissa krav som skulle kunna gagna miljöskyddet. Man skall dock komma ihåg att det inte är tillåtet att diskriminera produkter från andra stater.¹³⁶ Men så länge som samma krav ställs på inhemska produkter som på utländska är detta inget problem. Vilket regelsystem som skall ha företräde är oklart, olika åsikter finns.

EG-kommissionen företräder åsikten att det inte finns möjlighet att ta hänsyn till tillverkningsprocessen om inte den påverkar slutprodukten, detta trots att GPA verkar medge motsatsen. NOU menar att man måste för att vara säker att följa båda regelverken måste anpassa sig till det strängaste av de två och därför rekommenderar de upphandlande enheterna att inte ställa miljökrav på tillverkningsprocessen.¹³⁷

Mahmoudi pekar på den situation att en upphandlande enhet ställer krav på tillverkningsprocessen och hänvisar till GPA:s föreskrifter som grund för detta. Det blir då enligt Mahmoudi en fråga om hierarkin i lagstiftningen, det vill säga vilka regler som är överordnade vilka.¹³⁸ Direktiven om offentlig upphandling tillhör EG:s sekundärrätt medan GPA är en del av ett av EU ingånget internationellt avtal. Eftersom EU har en monoistisk syn på sin rätt är huvudregeln att de internationella avtalen är överordnade direktiven, detta till

¹³⁴ GPA, Art 6:2 fotnot 3

¹³⁵ GPA, Art 6:2 fotnot 4

¹³⁶ GPA Art 3:1

¹³⁷ Rapport om ekologisk hållbar upphandling, s 18

skillnad från svensk rättsuppfattning som är dualistisk och de internationella avtalen är så att säga sidoordnade. EU:s huvudregel är att internationella avtal har direkt effekt och kan åberopas i domstol, något som EG-domstolen fastslog i målet Kupferberg.¹³⁹

I ingressen till direktiv 97/52 påpekas det dock att GPA inte har denna direkta effekt. EG-domstolen har i vissa fall funnit att huvudregeln om internationella avtals direkta effekt inte alltid är tillämplig och att då EG:s sekundärrätt har företräde. Detta gäller i synnerhet de förpliktelser som gemenskapen har när det gäller GATT-avtalet, ett exempel är det välkända banan-målet.¹⁴⁰ Mahmoudis uppfattning är att trots möjligheten för EG-domstolen finns att ge direktiven företräde framför GPA är det mycket som talar för att domstolen ändå inte skulle göra detta på grund av att tvisten inte rör annat än att det i GPA finns en mer eller mindre precis regel medan direktivet talar tyst.¹⁴¹

En annan tolkning av GPA är att det är fråga om att den tekniska specifikationen får innehålla krav på tillverkningsprocessen men om lagstiftningen nationellt eller regionalt är strängare så är detta tillåtet så länge det sker icke-diskriminerande och inte stör den internationella handeln. Direktiven måste därför anses ligga inom den ram som GPA består av. Den troliga slutsatsen är alltså att NOU:s rekommendation är den riktiga.

8.5 Positiv miljömärkning

8.5.1 Inledning

EG-kommissionen har i grönboken uttryckt en oro för att olika miljömärkningar kan leda till att den fria handeln mellan länderna försvåras.¹⁴² I kapitel 7 ovan redogörs för olika sorters positiv miljömärkning som finns på marknaden, vi skall nu undersöka möjligheten för en upphandlande enhet att utnyttja dessa i offentlig upphandling. Olika typer av miljömärkningar skulle kunna vara ett sätt att försöka styra en upphandling mot mer miljöanpassade produkter. Det gäller dock i första hand att skilja på två olika typer av krav som kan uppkomma på grund av existerande miljömärken, dessutom måste man i detta väga in huruvida miljömärket är

¹³⁸ Said Mahmoudi, s 8

¹³⁹ 104/81 (Kupferberg)

¹⁴⁰ C280/93 (Kommissionen mot Tyskland)

¹⁴¹ Said Mahmoudi, s 8

¹⁴² Grönboken p 5.49

nationellt eller ett som är utarbetat på gemenskapsnivå. En annan sak som måste övervägas är om miljömärket innebär någon koppling till tillverkningsprocessen för produkten. Utgångspunkten är följande krav från den upphandlande enheten:

1. Den upphandlande enheten kräver att varan är märkt med miljömärket.
2. Den upphandlande enheten kräver att varan skall uppfylla kraven för miljömärket.

8.5.2 Krav på att produkten är miljömärkt

Om den upphandlande enheten ställer krav på att en vara skall vara märkt med en nationell miljösymbol innebär detta en faktisk diskrimminering av utländska leverantörers produkter även om märket är öppet för alla produkter som faktiskt uppfyller kravet. Orsaken till detta är att utländska leverantörer inte tycker det är värt besväret och kostnaden som det innebär att skaffa det nationella miljömärket, samma sak gäller även inhemska leverantörer. Om märkningen däremot är utarbetad inom EU och med hänsynstagande till gemenskapsrätten torde det vara möjligt att ställa krav på att produkten är märkt med detta.¹⁴³ Den inom EU existerande gemensamma miljömärkningen EU-blomman är dock utesluten ur detta resonemang då den inkluderar tillverkningsprocessen i kraven, vilket enligt tidigare resonemang, kommissionen inte finner vara tillåtet med direktiven om offentlig upphandling.

Mahmoudi menar att det är möjligt att kräva att en produkt är märkt med EU-blomman i de tekniska specifikationerna eftersom märket är frivilligt, öppet för alla oavsett ursprung och gäller i hela gemenskapen. Mahmoudi bygger sitt resonemang på att EG-domstolen skulle kunna godkänna den formella diskrimminering detta innebär till förmån för miljön.¹⁴⁴ Vad Mahmoudi menar är att EG-domstolen skulle argumentera som den gjorde det danska flask målet.¹⁴⁵

¹⁴³ Grönboken p 5.49

¹⁴⁴ Rapport om ekologisk hållbar upphandling, s 18

¹⁴⁵ 302/86 (Returflaskemålet)

8.5.3 Krav på att miljömärkets krav uppfylls

Detta syftar alltså på de fall då den upphandlande enheten inte ställer krav på att produkten eller tjänsten formellt skall vara märkt med miljömärket men i sin kravspecifikation ställer samma krav som ställs för att få märket. I vart fall när märkets specifikation inte innehåller krav på tillverkningsprocessen torde detta vara möjligt. Att tänka på för den upphandlande enheten är att det i kravspecifikationen gäller att vara tydlig. Att endast hänvisa till märket och tillägga att formell märkning ej är ett krav är inte tillräckligt, varje enskilt moment skall specificeras exakt. Att inte göra detta torde vara ett brott mot principerna om transparens och lika-behandling.

8.5.4 Tillverkningsprocessen och miljömärken

De flesta miljömärken innehåller någon sorts krav på produktens tillverkningsprocess. Ofta innebär det att märkena har så kallat livscykelperspektiv, det vill säga att produktens totala miljöpåverkan mäts från vaggan till graven. Detta innebär ytterligare en komplikation för miljömärkenas vara eller icke-vara utifrån perspektivet offentlig upphandling.

I de fall som tillverkningsprocessen inkluderas i miljömärket är inte den, i ovanstående kapitel nämnda, vägen att ställa samma krav som miljömärket har utan att kräva formell märkning öppen. Mahmoudis resonemang om EU-blomman, som inkluderar tillverkningsprocessen, är en möjlig väg att argumentera för användning av detta i offentlig upphandling.

Ett av de svenska märkena, KRAV, skall säkerställa att maten märkt med detta märke är odlat eller frambringat ekologiskt. KRAV märkningen inriktar sig alltså till största del endast på tillverkningsprocessen. Att kräva att mat är ekologiskt odlat är möjligt, i vart fall om kraven som ställs överensstämmer med den definition av ekologisk odling som EU har gjort i förordning EEG/2092 om ekologisk produktion av jordbruksprodukter och uppgifter därom på jordbruksprodukter och livsmedel.¹⁴⁶ Vad man plötsligt fått, genom den definition EU gjort är en ny produktgrupp, resonemanget är det samma som ovan i kapitel 8.4.1 avseende total harmonisering av en tillverkningsprocess. Detta överensstämmer med LOU 1 kap 12§ 2st.. Att påpeka är dock att KRAV märkningen går längre än EU:s definition och torde därför inte vara tillåten. Att kräva liknande saker som hänvisar till en ekologisk odling i

kravspecifikationen, som till exempel att produkten skall vara obesprutad, är inte heller det tillåtet.

8.6 Utförandevillkor

I Grönboken p 5.52 specificerar kommissionen ett ytterligare sätt att ta miljöhänsyn vid offentlig upphandling:

”I femte hand kan inköpsorganen säkerställa skyddet av miljön via utförandevillkor, som de utvalda leverantörerna är skyldiga att fullgöra enligt kontraktet. Med andra ord kan en upphandlande enhet från den leverantör, vars anbud antagits, begära att prestationen som upphandlingen gäller, genomförs med hänsyn till vissa miljökrav. Dessa utförandevillkor får givetvis inte vara av diskriminerande art och inte heller på något sätt lägga hinder i vägen för en väl fungerande inre marknad. Dessutom måste man säkerställa att deltagarna i anbudsförfarandet förfogar rimlig kännedom om att dessa villkor existerar, vilket kan ske genom att de anges i det publicerade meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget. Slutligen bör leverantörens förmåga att fullgöra sina kontraktsskyldigheter i enlighet med dessa villkor prövas utanför själva upphandlingsförfarandet.”

Vad kommissionen menar med utförandevillkor är alltså sådana villkor som skall inflyta i det avtal som ingås mellan den leverantör som genom upphandlingen väljs ut. Dessa villkor är alltså inte med i någon av de bedömningar som görs av leverantörerna eller av anbudena under upphandlingen utan är ensidigt beslutade av den upphandlande enheten. Eftersom avtalet mellan leverantören och den upphandlande enheten är bindande när leverantören meddelats att han fått upphandlingen är det av största vikt att den upphandlande enheten meddelar samtliga som deltar i upphandlingen vilka dessa avtalsvillkor är, annars torde avtalsrättsliga problem uppstå då det bindande avtalets innehåll då blir osäkert.

Typiskt sett rör dessa utförande villkor betalning, leveranstid och andra krav som skall gälla under avtalstiden men kommissionen påstår alltså att miljökrav skulle kunna bakas in i detta. Att dessa miljövillkor måste uppfylla de grundläggande kraven på icke-diskriminering och

¹⁴⁶ Kompletteras i Sverige av Lag (1995:551) om ekologiskt framställda produkter.

lika behandling är självklart. Villkoren kan alltså inte vara av den karaktären att det har betydelse för huruvida en leverantör kan eller vill ställa upp i upphandlingen och inte heller röra hans tillverkningsprocess eller påverka hans anbud på ett sätt att detta villkor blir en större kostnadsökning för just honom.

Av detta kan man dra slutsatsen att för att kunna ställa dessa utförandevillkor måste de:

1. Ej ha med leverantörens tekniska förmåga och kapacitet att göra.
2. Ej ha med leverantörens finansiella eller ekonomiska ställning att göra.
3. Ej vara av den karaktären att de blir en del av anbudsutvärderingen.

Det är alltså i förstahand fråga om mindre miljövillkor som alla oavsett vilken leverantör som tilldelas avtalet kan klara utan en kostnadsökning eller att det leder till någon faktiskt diskriminering av utländska leverantörer. Det torde också vara så att den upphandlande enheten skall kunna visa på att någon fördel av det ställda kravet uppnås. De tillkommande kraven torde i första hand ha betydelse på långvariga avtal vid till exempel upphandling av tjänster. Ett exempel på ett möjligt tillkommande villkor torde vara att en leverantör som vinner en upphandling avseende serveringen i en personalmatsal på ett sjukhus har en avtalsskyldighet att följa sjukhusets avfallspolicy, som innebär att biologiskt avfall skall avskiljas från annat avfall. Detta innebär ingen diskriminering (alla kan klara det oavsett nationalitet) och ingen kostnadsökning (avfall skall ändå slängas, mängden är den samma).

En fråga är huruvida en leverantör kan uteslutas från upphandlingen på grund av bristande möjlighet att uppfylla miljökraven ställda som tillkommande villkor. Som ovan sagts är det inte möjligt att pröva detta inom ramen för upphandlingsförfarandet. Detta bekräftas av Beentjes-domen som hänvisar till att prövningen av ett sådant villkor skall äga rum utanför själva upphandlingsförfarandet, det vill säga efter upphandlingen. Detta torde vara att se icke-uppfyllandet av detta villkor som ett kontraktsbrott, vilket i sig kan vara grund för skadestånd och hävning.

Kommissionen har uttalat sig för att det inte är möjligt att utesluta en leverantör på grund av dessa sekundära kontraktsvillkoren. Denna uppfattning grundas på att direktivets

uteslutningsgrunder är uttömmande.¹⁴⁷ Frågan om uteslutning på grund av tillkommande villkor kommer också att behandlas i kap 9.

8.7 Miljökrav avseende transporter

Rent allmänt kan sägas att frihandels svåraste miljöfråga är den om transporterna. Frihandel innebär ökade möjligheter för olika parter på långt avstånd att handla med varandra och transporter är då en ofrånkomlig del av denna handel. All transport och speciellt långa transporter innebär en miljöbelastning totalt sett. Utifrån en jämförelse mellan olika transportmedel kan några anses vara mer miljöanpassade än andra. I detta kapitel skall vi analysera möjligheten för en upphandlande enhet att påverka valet av transport. Först och främst kan man konstatera att det är helt uteslutet för en upphandlande enhet att välja en leverantör på nära avstånd på grund av att detta innebär en mindre belastning på miljön än en på långt avstånd. Ett sådant förfarande innebär en diskriminering av utländska leverantörer som i de flesta fall befinner sig längre ifrån den upphandlande enheten än de inom landet. Den närliggande leverantören har ändå en av naturen given konkurrensfördel, eftersom den kortare transportsträckan påverkar priset och därigenom ger denne en ökad chans att vinna upphandlingen.

Vad som måste undersökas är möjligheten för den upphandlande enheten att i upphandlingen ställa krav på vilken sorts transportmedel som skall användas och möjligheten att upphandla produkterna ”fritt fabrik” för att sedan separat upphandla transporten.

8.7.1 Krav på miljövänligt transportmedel i själva upphandlingen

Frågan om att i upphandlingen specificera transporten måste analyseras utifrån två möjliga vägar som den upphandlande enheten kan tänkas agera i ett sådant här fall. I dessa fall är utgångspunkten hela tiden att det är miljöhänsyn som är orsaken för att just transporten är viktig.

Det första alternativet innebär att den upphandlande enheten specificerar vilket transportmedel som skall användas av leverantören, till exempel att leverans skall ske med tåg

¹⁴⁷ Communication Public Procurement Regional and Social Aspects, COM(89) 400 final

trafik. Ett sådant krav innebär i sig en diskriminering av ett antal potentiella leverantörer då de inte har möjlighet att transportera per tåg eftersom tågbanan inte passerar deras fabrik. Därför torde detta ej vara tillåtet att göra i en offentlig upphandling. Att specificera ett transportmedel leder också till ett annat stort problem, det är först när upphandlingen är klar och det bästa anbudet valts ut som det är möjligt att egentligen bestämma vilket som de facto är det bästa transportmedlet ur miljösynpunkt. En transports miljövänlighet går inte att endast mäta i avgasmängd per kilometer, den totala längden på transporten och många andra faktorer spelar in.

I det andra alternativet specificeras inte transportmedlet men den upphandlande enheten ställer krav på att leverans skall ske på det mest miljöanpassade sättet. Detta kravet kan inte anses direkt diskriminera någon leverantör då det i kravet inte ligger någon definition av vad miljöanpassad leverans är. Finns det bara ett möjligt val av transportmedel, till exempel lastbil, så är ju det mest miljöanpassade alternativet och skulle då vara tillåtet att använda oavsett miljökrav. Detta betyder att det ändå innebär en diskriminering att uppställa detta kravet eftersom de leverantörer som faktiskt har möjlighet att transportera miljövänligt då kan få en ökad kostnad jämfört med den som inte har den möjligheten. Resonemanget grundar sig i och för sig på att miljöanpassade transporter är dyrare än icke-miljöanpassade men problemet är att vissa leverantörer kan välja det billigaste alternativet medan andra måste välja bort det. Dessutom innebär en sådan skrivning ett brott mot lika-behandlingsprincipen eftersom kravet måste anses som oklart. Varje försök från den upphandlande enheten att specificera vad miljövänligt innebär torde leda till en diskriminering.

Mahmoudi pekar på möjligheten att i upphandlingen ställa en önskan att transporten sker på det mest miljömässiga sättet efter överenskommelse med den upphandlande enheten. En sådan överenskommelse bör rimligen ingå i utförandevillkoren.¹⁴⁸ Detta kan vara en möjlig väg att gå men varje krav som ställs på transporten som torde vara ett brott mot reglerna om upphandling.

8.7.2 Att upphandla transporten separat från varan

Om en upphandlande enhet väljer att upphandla varan och transporten för sig innebär det att två upphandlingar måste ske. Den upphandlande enheten köper då varan ”fritt fabrik” vilket

betyder att ansvaret för varan övergår på köparen då varan är klar för hämtning hos säljaren och säljaren har meddelat köparen detta. Köparen, den upphandlande enheten, tar då själv ansvaret för transport och försäkring.

Trots att resultatet blir det samma så är det inget i lagstiftningen om offentlig upphandling som teoretiskt hindrar den upphandlande enheten från att göra detta. Att tänka på är dock att de administrativa kostnaderna ökas då genomförandet av ett upphandlingsförfarande är resurskostande. Det troliga är dock att en transport hamnar under tröskelvärdena och därför kan upphandlas enligt 6 kapitlet LOU med de förenklingar detta innebär. NOU anser att detta är en möjlig väg att se till att objektet för upphandlingen transporteras miljövänligt och tillägger att det är då upp till den upphandlande enheten att själv välja transportsätt.¹⁴⁹

Frågan är då om NOU:s uppfattning om separat transportupphandling stämmer överens med lagstiftningen om offentlig upphandling. För att upphandla en transport gäller samma regler som för övriga tjänster, det finns inga undantag för just transport. Typiskt sett kan man säga att de två transportmedel som huvudsakligen är aktuella inom Europa antingen är tåg eller lastbilstransport. Det är, som ovan beskrivit, dessutom inte alltid helt säkert att den totala miljöpåverkan av tågtransport är mindre än lastbilstransport. För att förenkla resonemanget så måste man antaga att det inte finns några andra skäl än miljöskäl som skulle kunna få tågtransport att framstå som fördelaktigare än lastbilstransport.

NOU:s resonemang bygger alltså på den tanken att den upphandlande enheten går ut på marknaden och upphandlar en specifik transporttjänst, det vill säga till exempel en tågtransport. LOU ger ingen möjlighet till att gå ut och upphandla en transporttjänst och sedan endast välja mellan de anbud som innebär tågtransport.

Den enda möjliga tolkning av NOU:s uttalande är att de menar att varje typ av transportmedel som kan användas för att transportera något mellan punkterna A och B är så särskilt att det är fråga om två helt olika väsen. Miljöskydd är som tidigare sagt ej möjligt att ta hänsyn till då den slutliga produkten (transporten) ej påverkas. Det finns inte heller någon direkt påvisbar ekonomisk fördel för den upphandlande enheten att transporten är miljövänligt utförd.

¹⁴⁸ Said Mahmoudi, s 6

¹⁴⁹ Rapport om ekologisk hållbar upphandling, s 21

Eftersom valet av just tåg innebär att lastbilar ej kan vara med i upphandlingen torde detta då innebära en diskriminering av dessa.

NOU:s rekommendation innebär alltså att den upphandlande enheten genom en inskränkning av definitionen av upphandlingen tar miljöhänsyn. Det är dock ej tillåtet att definiera objektet för upphandlingen så att endast en leverantör eller en typ av vara kan uppfylla kravet. Att då ge denna rekommendation torde vara mot den idé som ligger bakom LOU. Rekommendationen visar på den lucka som finns i hela regelverket, det vill säga möjligheten att från början endast upphandla saker som typiskt sett är miljöanpassade.

9 Möjligheten att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling

9.1 Inledning

Den upphandlande enheten är ofta en kommunal eller statlig myndighet eller i vart fall en organisation vars huvudsakliga syfte är att fullgöra ett åtagande som givits dem av stat eller kommun. Både staten och kommunerna är geografiskt indelade i områden och deras huvuduppgift är att ansvara för service till invånarna inom detta område. Staten och kommunernas intäkter härrör till största delen från skatter vilka betalas av invånarna själva. Detta leder till att de offentliga organen, genom att styra sina inköp till den egna regionen, kan i det långa loppet gynna sig själva. Kommissionen har angett att det inte är möjligt att skydda viss verksamhet genom att gynna denna med offentliga inköp.¹⁵⁰

Problemet med detta är, som tidigare nämnts, att detta skulle missgynna den fria handeln men även leda till ökade kostnader för den upphandlande enheten. Det är ju förvisso så att vissa upphandlingar inte kommer att vara intressanta för leverantörer som inte är verksamma i närområdet på grund av att kostnaderna att vara på avstånd blir för höga för att kunna erbjuda ett konkurrensmässigt pris. Denna fördel som lokala leverantörer har är inget som någon lagstiftning sätter stopp för, så att i många fall är det ändå så att den upphandlande enheten kommer att handla lokalt.

Det kan också finnas en önskan för den upphandlande enheten att endast vilja handla med en leverantör som uppfyller de sociala hänsyn som det lokalt eller regionalt anses önskade. Det är ändå så att vissa leverantörer, speciellt de från andra länder, inte uppfyller samma krav på till exempel jämlikhet som är önskat, men även inom Sverige finns det vissa leverantörer som är bättre på jämlikhet än andra. Andra krav kan röra arbetsmarknads politiska åtgärder och andra liknande saker. För att få reda på möjligheterna att ställa dessa krav så får man se till de olika stegen i upphandlingen.

¹⁵⁰ Grönboken p 5.39

9.2 Uteslutning av leverantör på grund av sociala hänsyn

Med detta menas möjligheten att enligt 1 kap 17§ LOU utesluta en leverantör från upphandlingen. Denna regel räknar uttömmande upp ett antal grunder för uteslutning men de som är intressanta är de som rör brott och allvarligt fel i yrkesutövningen. Frågan är alltså om en leverantör som missköter sina sociala åtaganden kan uteslutas på grund av detta?

Kommissionen tar i grönboken upp frågan om att utesluta en entreprenör på grund av sociala skäl och fastställer att detta är möjligt om den upphandlande enheten önskar.¹⁵¹ Det är då upp till lagstiftaren att fastställa en skyddsnivå som är önskad. Kravet är att denna skyddsnivå är tillåten ur EU-perspektiv. Finns det regler för att totalharmonisera rättsområdet skall staten se till att denna varken överskrids eller underskrids och kraven skall då vara samma i alla delar av gemenskapen. Rör det sig däremot om regler där en minimistandard sätts finns möjlighet för medlemsstaten att ha en högre skyddsstandard och frågan är då vilken lands lag en utländsk leverantör skall leva upp till när det gäller detta?

I de fall en vara skall produceras i leverantörens hemland och sedan endast ska säljas till den upphandlande enheten i Sverige är det troligtvis inte möjligt att kräva att leverantören skall leva upp till några som svenska krav. I detta fall är det ju omöjligt att denne leverantör begått något brott eftersom svensk rätt endast gäller inom Sverige. Att det skulle kunna bedömas som ett allvarligt fel i yrkesutövningen är inte heller möjligt då den utländske leverantören inte kan förväntas leva upp till svenska standarder på detta område. Att en leverantör inte sköter de sociala åtaganden som gäller honom i sitt eget hemland skulle däremot kunna vara grund för uteslutande både när det gäller brott och allvarligt fel i yrkesutövningen. Alla leverantörer skall enligt principen om lika-behandling ha samma bedömningsgrunder men att samtliga skulle bedömas enligt svenska förhållande skulle i detta fall leda till en faktisk diskriminering av utländska leverantörer.

Är det däremot så att det rör sig om ett långvarigt avtal där till exempel tjänster skall utföras i Sverige och leverantören skall starta eller har ett bolag i Sverige med anställda torde det vara möjligt att agera mot denne leverantör om inte svenska regler följs. Även om ett svenskt dotterbolag skulle anses vara en underleverantör då det ju rör sig om olika juridiska personer

¹⁵¹ Grönboken p 5.41 (citerad ovan i kap 8.)

torde den upphandlande enheten kunna utesluta den i upphandlingen deltagande leverantören om denne har kontroll över den underleverantör som faktiskt skall utföra tjänsterna i Sverige.

Den slutsatsen man kan dra av detta är att det här finns möjligheter för den upphandlande enheten att agera mot en leverantör som inte följer de regler som gäller för arbetsmarknaden och för jämställdhet. Man får dock inte glömma att detta endast gäller brott där domen vunnit lagakraft och konstaterade bevisbara allvarliga fel enligt vad som diskuterats ovan.

9.3 Sociala hänsyn i kvalificeringsfasen av leverantörer

När det gäller krav på leverantören är huvudregeln, som finns att läsa i 1 kap 18§ LOU, att den upphandlande enheten endast får ta hänsyn till finansiella och ekonomiska ställning samt teknisk förmåga och kapacitet när den kvalificerar de i upphandlingen deltagande leverantörerna. I Grönboken anger kommissionen att det inte i denna bedömning är möjligt att ta hänsyn till sociala aspekter, i detta uttalande framgår det att kommissionen finner de ovan nämnda kvalificerings grunderna som uttömmande.¹⁵²

Mahmoudi påstår att så inte är fallet utan att det i dessa fall är möjligt att fylla ut dessa med krav som uppfyller gemenskapens målsättningar.¹⁵³ Det framgår i artikel 2 i EU-fördraget att gemenskapens arbetsmarknads och sociala politik skall bidra till att främja en hög nivå i dessa frågor. Trots att Mahmoudis resonemang rör miljön torde det kunna appliceras på sociala frågor också men är ändå mycket tvivelaktigt, då det i dessa fall torde vara så att frihandel, som är huvudsyftet med upphandlingsdirektiven, går före. Det torde därför vara svårt att som kvalificeringskrav kunna väga in sociala hänsyn.

9.4 Sociala hänsyn i anbudsutvärderingen

I fråga om anbudsutvärderingen är det ju inte fråga om leverantörernas lämplighet utan om att utvärdera de redan kvalificerade leverantörernas anbud. Det är då fråga om att antingen välja det anbud som har lägst pris eller det som kan anses vara det ekonomiskt mest fördelaktiga enligt 1 kap 22§ LOU. Det förstnämnda utesluter bedömning av allt annat än priset medan det andra alternativet ger möjlighet till en mer ingående utvärdering Principen om transparens

¹⁵² Grönboken p 5.43

¹⁵³ Said Mahmoudi, s 1

gäller så att dessa krav måste redovisas i förfrågningsunderlaget. Frågan är då om sociala hänsyn kan vägas in i bedömningen om det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet?

Kommissionen tar upp frågan i grönboken och säger där att det ej är möjligt att ta sociala hänsyn i denna prövning då de inte hänför sig till de ekonomiska kvaliteter i prestationen, som är föremål för upphandlingen.¹⁵⁴ Vid en jämförelse med den slutsats som kommissionen kommer fram till när samma fråga besvaras angående miljöhänsyn kan man tolka det som att det finns större möjligheter till miljöhänsyn än sociala hänsyn vid anbudsutvärderingen. Detta torde ha att göra med att sociala hänsyn aldrig kan få någon betydelse för produkten eller resultera i någon ekonomisk fördel för den upphandlande enheten. På grund av detta måste man sluta sig till att det inte är möjligt att i anbudsutvärderingen väga in sociala hänsyn.

9.5 Tillkommande villkor och sociala hänsyn

När det gäller de tillkommande villkoren har både kommissionen, i sin grönbok, och EG-domstolen, i bland annat Beentjes-målet, fastslagit att det finns möjligheter för den upphandlande enheten att ställa krav av social karaktär i en upphandling. Det rör sig i dessa fall om villkor som skall gälla under avtalstiden och som alltså skall bli en del av det avtal som den upphandlande enheten och den utvalde leverantören tecknar. Kraven för att dessa villkor skall vara möjliga att ställa är:

1. att de inte, varken direkt eller indirekt, har en diskriminerande effekt mot utländska anbudsgivare
2. Att inte kravet strider mot EG-rätten eller den nationella rätten
- 3 . att kraven varken är kvalificeringskrav eller anbudsutvärderingskrav
4. att kraven är kända för samtliga potentiella anbudsgivare redan i inledningen av upphandlingen

Kommissionen räknar upp ett antal villkor som omfattas av detta, det kan röra främjande av anställning av kvinnor eller skydd av vissa missgynnande kategorier såsom långtidsarbetslösa. Det torde dock vara så att det skall gynna den upphandlande enhetens egna region, det vill

säga reglerna rör i första hand entreprenader eller andra tjänster som skall utföras av den upphandlande enheten på plats, eventuellt med personal från den upphandlande enhetens region. Det torde inte vara möjligt för den upphandlande enheten att vid upphandling av en vara ställa tillkommande villkor av typen sociala hänsyn som rör leverantörens hemland. Någon koppling mellan den upphandlande enheten och kravets eventuella goda effekter torde krävas, annars riskerar kraven att leda till diskriminering. Kraven torde alltså vara begränsade till att gälla verksamhet i den upphandlande enhetens sfär.

De tillkommandevillkorens karaktär är att de är icke förhandlingsbara avtalsvillkor som är ett krav från den upphandlande enheten för att bindande avtal skall uppkomma mellan enheten och den utvalde leverantören. Som ovan nämnts är det därför viktigt att samtliga leverantörer får reda på att dessa krav finns då de kan påverka anbudet men detta torde också gälla den avtalsrättsliga synvinkeln. Trots att båda parter är på det klara med att vissa detaljer av avtalet återstår att förhandla när accept kommer från den upphandlande enheten, kan överraskande eller oväntade krav inte bli del av avtalet om inte leverantören vid anbudets inlämnande kände till dessa.

Prövningen av kraven får alltså inte ske i någon av de prövningar som tillhör själva upphandlingen utan skall enligt kommissionen och EG-domstolen ske utanför upphandlingen. Detta torde betyda en domstolsprövning avseende kontraktsbrott under avtalets löptid. Prövning av huruvida en leverantör uppfyller dessa villkor är ändå svår att genomföra förrän en tid gått efter upphandlingen och leverantören faktiskt börjat uppfylla kontraktet, då det inte redan vid anbudsgenomgången går att förutspå huruvida leverantören kommer att agera kontraktsevenligt.

¹⁵⁴ Grönboken p 5.43

10 Avslutande kommentarer

I denna uppsats har jag försökt analysera hur det är möjligt att ta miljöhänsyn och sociala hänsyn inom ramen för offentlig upphandling. Under arbetets gång har det än tydligare framgått hur oklar denna fråga är men det är trots allt vissa mönster som utkristalliserats.

Regelverket kring offentlig upphandling är i första hand till för att skapa ett ekonomiskt effektivt upphandlings förfarande i de organ som är skyldiga att tillämpa lagen. Orsaken till detta är dessa organ helt eller delvis saknar det, i andra organisationer inbyggda, naturliga vinstintresset. I andra hand syftar regelverket till att förhindra handelshinder som kan hota den fria handeln mellan medlemsstaterna. Utöver detta skapar reglerna om offentlig upphandling legitimitet åt de upphandlingsbeslut som de upphandlande enheterna tar, genom reglernas krav på öppenhet och lika-behandling. Med det menar jag att reglerna minimerar möjligheterna till att godtycke eller svågerpolitik styr upphandlingsbesluten. Den offentliga upphandlingen skall alltså enligt lagstiftningen göras på strikt ekonomiska grunder och om den upphandlande enheten vill väga in andra hänsyn i denna bedömning får det göras utifrån denna aspekt, sådana hänsyn finns det alltså endast plats för i andra hand.

10.1 Offentlig upphandling och miljökrav

När den upphandlande enheten vill ta miljöhänsyn kan man generellt säga att detta är möjligt när enheten direkt påverkas positivt, till exempel av att en produkt är miljövänlig. Detta skall kunna mätas på något sätt, helst i ekonomiska termer, till exempel att hanteringen av den miljöanpassade produkten när den är uttjänt blir billigare än den mindre miljöanpassade. Att ställa krav i den offentliga upphandlingen av rent miljömoraliska aspekter är inte möjligt. Att ställa positiva miljökrav på leverantören av produkten är i stort sett också möjligt.

Kommissionen har i grönboken meddelat sin syn på möjligheten att ställa miljökrav i den offentliga upphandlingen, vilken måste anses ytterst restriktiv. När det gäller möjligheten att ställa miljökrav på leverantören anser kommissionen att det endast är möjligt att göra detta genom uteslutning vid brott eller allvarligt fel i yrkesutövningen vilka miljöbrott räknas till. Kommissionen tanke är då att medlemsstaterna, när så är möjligt, skall lagstifta om hårdare miljökrav och därigenom höja miljöstandarden i det egna landet och på så vis göra dagens

laglydiga leverantörer, till miljöbovar. Enligt min uppfattning har kommissionen missuppfattat den grundläggande tanken bakom viljan att göra så kallade ”gröna inköp”. Gröna inköp går inte ut på att inte handla från leverantörer som begår miljöbrott, utan tanken är att gynna de som ligger steget före och leder miljövänlighetsligan. Gynnar man dessa pressar man utvecklingen framåt allt fortare.

När det gäller kommissionens åsikt om möjligheten att ställa miljökrav på själva produkten är deras krav för att tillåta detta att den upphandlande enheten kan på visa en direkt ekonomisk fördel av just den efterfrågade miljövänligheten. Precis som i ovan nämnda diskussion är det inte heller det primära syftet med gröna inköp, att ett kopieringspapper är gjort av återvunnet material kan aldrig, hur man än vrider och vänder på det, komma att bli en ekonomisk fördel som den upphandlande enheten kan dra nytta av men som trots allt är nyttigt för samhället i stort. I kap 8 har detta utvecklats närmare. Kommissionen har utlovat ett tolkningsdokument som rör miljö och offentlig upphandling, detta har försenats ett flertal gånger men förväntas komma någon gång under våren 2000.¹⁵⁵

Mahmoudi har i detta arbete nämnts ett flertal gånger när möjligheten till att ställa miljökrav vid offentlig upphandling analyserats. Hans åsikter i detta ämne är motsatsen till kommissionens åsikter även om deras utgångspunkt i befintlig lagstiftning är den samma. Grunden till detta är att Mahmoudi sätter stor tillit till Amsterdamsfördragets nya formuleringar angående miljö. Mahmoudis resonemang utgår från att EG-domstolen numera, efter Amsterdam fördraget, kan sätta principen om miljöskydd före principen om frihandel. Min uppfattning är att domstolen skulle kunna detta men jag är däremot tveksam om detta verkligen kommer att hända.

NOU som har att kontrollera och bedöma frågor om upphandling i Sverige, har uttalat sig om sin uppfattning i miljöfrågorna. Nämndens uppfattning ligger i stort sett i linje med kommissionens uppfattning.

Offentlig upphandling under tröskelvärdena är inte direkt reglerad i gemenskapens lagstiftning men trots allt är den underordnad EU's primärrätt. Är det då någon skillnad mellan möjligheten att tillämpa miljöhänsyn över och under tröskelvärdena? Min uppfattning är att det i praktiken inte är så. Sverige har en önskan om att båda upphandlingarna skall vara

så lika som möjligt, orsaken att dessa upphandlingar inte är reglerade genom EU är primärt att underlätta hanteringen och minska administrationskostnaderna för den upphandlande enheten. Man får inte glömma att samma principer som styr upphandling under tröskelvärdena har legat till grund för direktiven om upphandling övertröskelvärdena. Resultatet torde därför bli lika.

Det finns dock möjligheter för en upphandlande enhet att styra sina inköp mot mer miljöanpassade alternativ. NOU har själva pekat ut denna väg avseende transporter, då de uppmanar upphandlande enheter att upphandla tågtransport i stället för att endast upphandla transport.¹⁵⁶ Vad jag menar är att den upphandlande enheten fortfarande kan välja en mer miljövänlig produktgrupp redan från början om funktionen förblir den samma. Detta torde dock vara diskriminering enligt min åsikt.

10.2 Offentlig upphandling och sociala hänsyn

Att en upphandlande enhet kan vilja ställa krav på sociala hänsyn i en upphandling beror i de flesta fall på sin ställning som en del i den offentliga förvaltningen. I det stora hela har den offentliga förvaltningen ett övergripande ansvar för sina medborgare och genom att styra sina inköp kan de gynna sina egna medborgares möjlighet till inkomster och på så sätt öka på sina egna inkomster, en multiplikator effekt. Även andra aspekter finns såsom jämlikhet mellan könen och annat.

Den möjlighet som finns att ta dessa hänsyn fastställde EG-domstolen i fallet Beentjes där frågan just rörde krav på en leverantör att leva upp till sådana krav. EG-domstolen fastställde då möjligheten att som tillkommande krav möjliggöra ett hänsynstagande till sociala hänsyn. I detta fall ligger kraven utanför prövningen i själva upphandlingen. En annan möjlig väg är att utesluta leverantörer som har begått brott eller allvarliga fel i yrkesutövningen, kommissionen har fastslagit att dessa brott och fel kan röra frågor som har karaktären av social hänsyn. Att kvalificera leverantören utifrån teknisk förmåga, kapacitet och ekonomisk, finansiell ställning i fråga om sociala hänsyn går inte heller det. Att ställa krav på sociala hänsyn i själva upphandlingen torde alltså vara omöjligt med dagens regler. Det är omöjligt att, som vid miljöhänsyn, finna en koppling mellan de sociala kraven och produkten. Det utesluter att krav

¹⁵⁵ Nou Info dec-99, s 28

ställs på själva produkten.

10.3 Övrigt

Det är hög tid att domstolen tar ställning i dessa frågor, världen ser faktiskt annorlunda ut nu än vad den gjordes när reglerna om offentlig upphandling skapades. Det är trots allt så att vissa miljöhänsyn skulle kunna tas utan att nämnvärt skada frihandeln inom gemenskapen. Även om man skärper miljölagstiftningen och produktionen och produkterna blir miljöanpassade är det ändå inte detta som är poängen med gröna köp.

Det skulle gå att påskynda processen genom att ett förhandsbesked begärdes av EG-domstolen avseende dessa krav i offentlig upphandling. Detta kräver dock att svenska domstolar har ett verkligt fall till prövning, EG-domstolen ger bara besked i verkliga fall. Frågan är om inte det finns ett flertal potentiella fall att pröva runt om i Sverige men problemet är att en förfördelad leverantör, det vill säga den som har det direkta intresset att överklaga, vet att han normalt har mycket liten chans att nå framgång. Om det dessutom rör en oklar fråga som till exempel miljö eller sociala hänsyn är det troligt att leverantören inte ens själv ser möjligheten. En annan aspekt av detta är att leverantören kan vara rädd att en sådan process kan skada hans namn på marknaden.

Framtiden är nog den att EG-domstolen, precis som Mahmoudi påstår, kommer att finna en väg att göra det möjligt att till viss del ta miljöhänsyn. Kommissionen skall inom kort publicera sin reviderade syn på dessa frågor, men normalt är detta organ mycket restriktivt på grund av dess ställning som ”fördragets väktare”.

Ämnet offentlig upphandling är mycket intressant ur många aspekter och kan rekommenderas som uppsatsämne under de tillämpade studierna.

¹⁵⁶ Rapport om ekologisk hållbar upphandling, s 21

11 Källförteckning

Offentligt tryck

Inom EU

Communication Public Procurement Regional and Social Aspects, COM(89) 400 final
 Kommissionens grönbok ”offentlig upphandling inom europeiska unionen: Överväganden om
 framtiden”, 27/11 1996 COM(96) 583 final

Propositioner

1973:73	Riktlinjer för den offentliga upphandlingen
1992/93:88	Om offentlig upphandling
1992/93:180	Riktlinjer för en kretsloppsanpassad samhällsutveckling
1993/94:78	Frågor om offentlig upphandling

Departementsserien, Ds

Ds1992:4	Offentlig upphandling & EES
Ds1992:62	Offentlig upphandling & EES del II
Ds 1992:121	Anbudskonkurrens vid offentlig upphandling

Utskottsbetänkande

1999	EUfi 1999/287
------	---------------

Statens Offentliga Utredningar, SOU

1971:88	Offentlig upphandling
1997:111	Huvudbetänkande av branschsaneringsutredningen

Nämnden för offentlig upphandling, NOU

Hemsidan, www.nou.se

Rapport om ekologisk hållbar upphandling, Dnr 15/98-29

Effekter av lagen om offentlig upphandling, Dnr 86/97-21

NOU Info Sammanställning 1996

NOU info sammanställning 1993-1995

NOU info okt. 1996

NOU info dec. 1999

NOU ärende 63/95-21

Övrigt

Kemikalieinspektionens hemsida, www.kemi.se

Naturvårdsverket, rapport 4508, Offentlig upphandling med miljöhänsyn, 1995

Handlingsplan för en offentlig ”grøn” inkøbspolitik, Miljø og Energistyrelsen, Danmark, 1994, www.mst.dk

Blankett Riksskatteverket, ”Begäran om upplysningar vid upphandling”, RSV 4820 utgåva 8

Litteratur

Carlsson, Kenny med flera: Konkurrenslagen, 2uppl, Fritzes, 1995

Forsberg, Niklas: Offentlig upphandling i praktiken, 1uppl, Norstedts, 1998

Hellner, Jan: Skadeståndsrätt, 5uppl, Juristförlaget, 1995

Hentze, Margareta / Sylvén, Hans: Offentlig upphandling, Norstedts, 1uppl, 1998

Löfving, Carl / Setterlid, Rikard: Kommunal upphandling och näringsverksamhet inom kommuner och landsting, 4uppl, Norstedts, 1998

Nord, Eskil: Karnov svensk lagsamling med kommentarer, band 2 1997/98, Fakta Informations-förlag, 1997

Palm, Ulf / Riberdahl, Curt: Upphandlingslagens skadeståndsregler bör ses över, SvJT, 1996

Rättsfall

EG-domstolen

8/74 (Dassonville)

106/77 (Simmenthal)

120/78 (Cassis de Dijon)

53/80 (Officier van Justitie v Koninklijke Kaasfabriek Eysen)

76/81 (Transporute)

104/81 (Kupferberg)

40/82 (New Castlesjukan)

229/83	(Leclerc mot Au Ble Vert)
302/86	(returflaskemålet)
C-31/87	(Beentjes)
C-103/88	(Fratelli Costanzo SpA mot Commune di Milano)
C-243/89	(Storebaelt)
C-360/89	(Kommissionen mot Italien)
C280/93	(Kommissionen mot Tyskland)

Högsta domstolen

NJA 1998 s783f

Kammarrätten i Stockholm

8647-1996

1713-1995

Kammarrätten i Sundsvall

1431-1995

Stockholms Länsrätt

Ö-4546-94

Länsrätten i Blekinge

92-96 E